



# L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit

Albane Geslin

## ► To cite this version:

Albane Geslin. L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit. Sergues, Bertrand. La recherche juridique vue par ses propres acteurs, LGDJ, Lextenso éditions; Presses de l'université Toulouse 1 Capitole; Institut Fédératif de Recherche "Mutation des normes juridiques" - Université Toulouse I, 2016, 978-2-36170-116-1. halshs-01228870

**HAL Id: halshs-01228870**

**<https://shs.hal.science/halshs-01228870>**

Submitted on 14 Nov 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# **L'IMPORTANCE DE L'ÉPISTÉMOLOGIE POUR LA RECHERCHE EN DROIT**

**Albane Geslin, Professeure de droit public**

**Sciences Po Lyon – UMR 5206 Triangle**

*in La recherche juridique vue par ses propres acteurs,*

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, pp. 79-130.

## **Plan**

### **1. ÉPISTÉMOLOGIE(S) : ESSAIS DE DÉFINITIONS**

- a. Épistémologie et épistémologies
- b. Épistémologie des sciences du droit : définition liminaire

### **2. LA RELATION COGNITIVE, PRÉMICES DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE**

- a. La relation sujet connaissant-objet connu
- b. La relation sujet-projet : la construction de l'objet de la connaissance juridique

### **3. QUELQUES RÉFLEXIONS SOUS-JACENTES À L'ÉLABORATION DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE**

- a. Ôter le masque de l'auteur : l'impossible objectivité en science du droit ?
- b. L'identification de la « matrice disciplinaire »
- c. L'écriture de la science du droit : entre récit et modèle

### **4. LA MISE À L'ÉPREUVE DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE PRODUITE**

- a. La mise à l'épreuve de la connaissance juridique : le retour méthodologique
- b. Les boucles de la mise à l'épreuve : vigilance épistémologique, auto-référence, falsifiabilité, controverses

### **5. L'ÉPISTÉMOLOGIE DES SCIENCES DU DROIT ? POUR QUOI FAIRE ?**

- a. L'épistémologie des sciences du droit ne sert à rien !
- b. Se faire « un théâtre de sa propre pensée »
- c. L'explicitation épistémologique comme démarche de légitimation

« toute pensée est une réponse à une question (le plus souvent implicite). Ce qui fait progresser le savoir, c'est moins les changements de réponses que les changements de questions »<sup>1</sup>.

Les propos qui vont suivre ne viseront pas à déployer une analyse théorique de l'épistémologie des sciences du droit<sup>2</sup> ; le champ étant à ce point peu arpenté par la doctrine<sup>3</sup>, un article ne pourrait suffire. Il s'agira, dans une perspective plus « pratique », de réfléchir à l'intérêt et aux enjeux qu'il y a pour le chercheur en droit de mettre à jour les fondements épistémologiques sur lesquels, consciemment ou non, repose son travail. En d'autres termes, il s'agira de répondre à la question de savoir en quoi les questions soulevées par l'épistémologie, et les diverses réponses que l'on peut donner, peuvent apporter un éclairage sur la démarche du chercheur en droit. *Apporter un éclairage* et non pas, dans toute la mesure du possible, *prescrire* une soi-disant « bonne » épistémologie ou condamner une soi-disant « mauvaise » épistémologie. En effet, « le but et la tâche de l'épistémologie n'est en aucune manière de prescrire, ni même de conseiller. Tout au plus peut-elle fournir une base de réflexion au producteur de connaissances, à qui seul revient, éventuellement, de repenser, adapter, modifier ses méthodes. (...) L'épistémologie se contente de décrire et de reconnaître l'organisation structurale et le fonctionnement d'une pensée cognitive dans un domaine déterminé d'objets »<sup>4</sup>.

Il faut également préciser que ces propos ne prétendent à aucune universalité ; les analyses présentées reposent sur le modèle scientifique occidental. Si ce modèle a, de fait, été universalisé, il faut néanmoins souligner qu'il fait désormais l'objet, en raison notamment du phénomène de globalisation<sup>5</sup> et de l'émergence des études post-coloniales, de remises en

- 1 J.-Cl. Forquin, « Lecture d'Althusser », Introduction à *Dialectique marxiste et pensée structurale*, Cahiers du Centre d'Études Socialistes, 1969, pp. 9-10.
- 2 Le choix est ici fait d'user, majoritairement, de l'expression « épistémologie des sciences du droit » et non celles d'« épistémologie juridique » ou d'« épistémologie du droit ». Si l'expression « épistémologie juridique » peut être considérée comme renvoyant de façon générale à la discipline, indépendamment des divers courants de la recherche en droit, et indépendamment de la nature du savoir produit sur le droit, celle d'« épistémologie du droit » peut prêter à confusion, en ce qu'elle ne permet pas de clairement dissocier l'objet des sciences du droit – le droit, notamment – de l'objet de l'épistémologie – les sciences du droit –.
- 3 Parmi les quelques ouvrages et articles qui traitent, exclusivement ou non, de la question (parfois de façon discutable, mais qui ne sera pas ici discutée), voir : C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002 ; P. Dubouchet, *Droit et épistémologie. L'Organon du droit*, L'Harmattan, 2008 ; B. Melkevik, *Epistémologie juridique et déjà-droit*, Buenos Books International, 2014 ; M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, F. Maspero, 1977 ; J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979 ; G. Samuel, *Epistomogy and method in law, Applied legal philosophy*, Ashgate, Burlington, 2002 ; C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes. Tome 1. Les origines romaines*, Mare & Martin, 2014 ; A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipse, 2010 ; A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993 ; *Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire*, RIEJ, vol. 8, 1982 ; *Épistémologie et méthodologie juridiques*, Les Cahiers de droit, vol. 52, n°2-3, sept-déc. 2011.
- 4 G.-G. Granger, D. Desbons, C. Ruby, « La spécificité des actes humains », *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales*, *Espaces Temps*, vol. 84-86, 2004, p. 55.
- 5 Voir notam. M. Kuhn, « Face au multiversalisme scientifique. Les transformations du système mondial des sciences sociales », in A. Caillé et S. Dufoix (dir.), *Le tournant global des sciences sociales*, La Découverte, 2013, pp. 350-379.

question, dont il faut avoir conscience, même si l'espace de cette contribution ne permettra pas d'aborder ces éléments en détail. Au surplus, pour ce qui est des réflexions spécifiquement relatives à l'épistémologie des sciences du droit, celles-ci se concentrent sur les approches scientifiques et méthodologiques à dominante francophone, ou à tout le moins continentale.

Après un premier temps visant à proposer un certain nombre de définitions (1), j'explorerai, par touches successives, mais nécessairement partielles, le vaste champ de la production de la connaissance juridique par le chercheur en droit (2 à 4), puis achèverai l'analyse en répondant à la question à laquelle renvoie implicitement l'intitulé de cette contribution : à quoi sert l'épistémologie juridique ? (5).

## 1. ÉPISTÉMOLOGIE(S) : ESSAIS DE DÉFINITIONS

Avant de proposer une définition de l'épistémologie des sciences du droit, un rapide détour par une présentation de l'épistémologie s'impose.

### a. Épistémologie et épistémologies

1. La notion d'épistémologie ne fait pas l'objet d'une unique définition, à raison notamment de l'ambiguïté étymologique du terme. Si *logos* ne prête guère à discussion, renvoyant au « discours sur », *epistêmê* fait en revanche l'objet d'interprétations diverses, selon que l'on choisit de le traduire par « connaissance » ou par « science ». Ainsi, selon la tradition anglo-saxonne, l'épistémologie s'intéresse aux conditions d'élaboration de la connaissance – en tant que croyance vraie et justifiée –, quel que soit le statut, « ordinaire » ou « scientifique », de cette connaissance. La tradition continentale adopte une conception plus restrictive, assimilant l'épistémologie « à une réflexion analytique et critique sur les sciences »<sup>6</sup>. Dans cette perspective, Gilles-Gaston Granger affirme que « l'épistémologie a pour objet de mettre en lumière la signification de l'œuvre scientifique. (...) La tâche propre de l'épistémologie est donc *herméneutique* et *historico-critique* ; elle consiste à faire apparaître des organisations de concepts, qu'elles soient achevées ou imparfaites, des difficultés ou obstacles, ou incohérences, des ouvertures, des points 'sensibles' »<sup>7</sup>.

Cependant, par-delà cette diversité, on s'accorde pour reconnaître qu'adopter une démarche épistémologique conduit à poser trois questions : une question gnoséologique – qu'est-ce que la connaissance ? qu'y a-t-il à connaître ? –, une question méthodologique – comment la connaissance est-elle constituée ? –, une question axiologique – comment apprécier la valeur ou la validité de la connaissance produite ? –<sup>8</sup>.

2. Des réponses apportées à ces trois questions découle une diversité des courants et approches épistémologiques, à laquelle s'ajoute une variété terminologique susceptible d'être

---

6 J.-M. Berthelot (dir.), *L'épistémologie des sciences sociales*, Quadrige, PUF, 2012, p. 14 ; voir égal. M. Miaille, définissant l'épistémologie comme « la connaissance des conditions de la production scientifique » (*Une introduction critique au droit, op. cit.*, p. 35).

7 G.-G. Granger, « A quoi sert l'épistémologie ? », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 36.

8 V. J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, Que sais-je ?, PUF, 2007, p. 6.

source de confusion. Ainsi, Jean-Michel Berthelot, analysant les sciences du social, distingue deux grandes approches épistémologiques : le rationalisme et le relativisme. Le premier courant, qui « pose comme critère fondamental de scientificité la réduction du discours à un ensemble cohérent d'énoncés empiriquement étayables »<sup>9</sup>, réunit deux traditions : le pôle objectiviste – positiviste, logiciste ou cognitiviste – et le pôle compréhensif – selon lequel l'objet des sciences sociales n'est pas un ensemble de faits, mais des significations données à leurs actes ou à ceux d'autrui par les acteurs<sup>10</sup> –. L'approche relativiste est également qualifiée de constructiviste ou d'herméneutique ; sa « thèse rectrice est que si l'image mécaniste ou organiciste est applicable à la nature et n'y pose aucun problème, elle ne peut en revanche l'être à la société et à la culture. Cette dernière est d'abord l'expression d'un *sens*, celui des valeurs qui l'organisent et se donnent à voir aussi bien dans les actes des hommes que dans leurs œuvres. (...) Le monde humain, la société, la culture, ne sont pas à expliquer, mais à *interpréter* »<sup>11</sup>. Pour sa part, Jean-Louis Le Moigne distingue deux grands courants : les épistémologies positivistes et réalistes d'une part, qu'il qualifie d'épistémologies institutionnelles, et les épistémologies constructivistes d'autres part<sup>12</sup>.

Sans chercher à faire la synthèse de ces différentes présentations, je retiendrai ici, de façon schématique<sup>13</sup>, une distinction binaire, opposant les épistémologies descriptivistes aux épistémologies constructivistes, et prendrai principalement appui sur les réflexions menées par Jean-Louis Le Moigne.

Des épistémologies descriptivistes, on peut retenir, par-delà la diversité des écoles, quelques postulats fondamentaux, qu'ils soient ou non explicites, qu'ils soient ou non conscients pour le chercheur. À la question de savoir ce qu'il y a à connaître (question gnoséologique), les épistémologies descriptivistes répondent en prenant appui sur une double hypothèse, ontologique et déterministe<sup>14</sup> : d'une part, l'objet préexiste à celui qui le pense ; la discipline scientifique a donc pour mission de décrire et expliquer « un morceau de réalité objective »<sup>15</sup> ; d'autre part, la réalité est animée d'une forme de détermination interne, dont la

---

9 J.-M. Berthelot, « Les sciences du social », in J.-M. Berthelot (dir.), *L'épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p. 256.

10 *Ibid.*, p. 252-254.

11 *Ibid.*, p. 241.

12 J.-L. Le Moigne, op. cit..

13 Pour de plus amples analyses, le lecteur pourra notamment consulter : G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 2004 (1938) ; H. Barreau, *L'épistémologie*, Que sais-je ?, PUF, 2008 ; J.-M. Berthelot (dir.), *L'épistémologie des sciences sociales*, op. cit. ; P. Boghossian, *La peur du savoir. Sur le relativisme et le constructivisme de la connaissance*, Agone, 2009 ; J.-L. Chabot, *Introduction aux sciences sociales*, L'Harmattan, 2006 ; P. K. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchique de la connaissance*, Seuil, 1979 ; T. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983 (1962) ; D. Lecourt, *Pour une critique de l'épistémologie (Bachelard, Canguilhem, Foucault)*, F. Maspero, 1972 ; J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, op. cit. ; – *Le constructivisme*. t.1 *Les enracinements* ; t.2 *Épistémologie de l'interdisciplinarité* ; t.3 *Modéliser pour comprendre*, L'Harmattan, 2001 ; E. Morin, *La Méthode* (6 vol.), Seuil : *Connaissance de la connaissance* (vol. 3), 1986 ; *Ethique* (vol. 6), 2004 ; – *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005 ; J. Piaget, *Logique et connaissance scientifique*, Gallimard, 1967 ; K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Payot, 1973 (1934) ; P. Watzlawick (dir.), *L'invention de la réalité. Contributions au constructivisme*, Seuil, 1996.

14 J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, op. cit., pp. 20-26.

15 *Ibid.*, p. 18.

forme la plus familière au chercheur est le causalisme ; en d'autres termes, « la réalité connaissable a un sens en elle-même, sens qui ne dépend pas nécessairement des préférences personnelles des observateurs modélisateurs, qui s'efforcent de l'enregistrer sous forme de détermination (qu'elles soient lois, principes, causes, conjonctures ou théories) »<sup>16</sup>. Sur le plan méthodologique, deux principes guident les épistémologies descriptivistes : le principe de modélisation analytique et celui de raison suffisante (ou déterminante), selon lequel « l'existence d'un réel possible doit être 'expliquée' syllogistiquement en raison »<sup>17</sup>, la réalité est connaissable et seulement connaissable par déduction. De ces hypothèses gnoséologiques et méthodologiques, il découle que les connaissances expriment une « 'vérité objective' : elles doivent exprimer en vérité et 'exprimer' universellement en raison, les perceptions de la réalité que les êtres humains tiennent pour connaissables : l'observation et l'expérimentation de cette réalité permettront de certifier par 'vérification empirique et déductive' la 'vérité' des connaissances formulées »<sup>18</sup>. Jean-Michel Berthelot exprime en d'autres termes ce « modèle de scientificité commun fondé sur la raison expérimentale »<sup>19</sup> ; il est tout à la fois empiriste, objectiviste, quantitativiste. Empiriste en ce sens que « le procès de connaissance requiert, quelle que soit la discipline concernée, le recueil et le traitement de matériaux adéquats. (...) Ce souci est associé au rejet des spéculations, des prophéties, des idées creuses et à la mise en place d'outils et de techniques de recueil et d'analyse d'informations pertinentes »<sup>20</sup>. Objectiviste « en ce qu'il tend à construire des *faits*, c'est-à-dire des affirmations attestables et contrôlables, indépendantes des interprétations des uns et des autres »<sup>21</sup>. Et quantitativiste « en ce que seule la mesure (...) permet [au modèle] de dégager des structures fortes (...) de proposer des faits contrôlés, de vérifier des hypothèses, d'élaborer des lois »<sup>22</sup>.

Les épistémologies constructivistes – animées elles aussi par une diversité de courants – reposent sur le postulat selon lequel non seulement la connaissance scientifique, en tant que résultat, présente un caractère socialement construit et artificiel<sup>23</sup>, mais également que « le réel connaissable peut être construit par ses observateurs qui sont dès lors ses constructeurs »<sup>24</sup> ; il n'y a pas de données s'imposant à l'observateur. À la question gnoséologique, les épistémologies constructivistes répondent par une double hypothèse phénoménologique et téléologique. Phénoménologique, d'une part, en ce que « le réel connaissable est (...) celui que le sujet expérimente. (...) Le sujet ne connaît pas de 'choses en soi' (hypothèse ontologique) mais il connaît l'acte par lequel il perçoit l'interaction entre les choses »<sup>25</sup>. En

---

16 *Ibid.*, p. 25.

17 *Ibid.*, p. 32.

18 *Ibid.*, pp. 37-38.

19 J.-M. Berthelot, *op. cit.*, p. 217.

20 *Ibidem.*

21 *Ibid.*, p. 218.

22 *Ibidem.* Pour ce qui est des sciences du social, l'applicabilité du modèle expérimental a soulevé quelques difficultés, que Durkheim et Weber notamment ont résolues, selon des modalités différentes ; v. J.-M. Berthelot, *op.cit.*, pp. 219-221 et pp. 251-254.

23 Point sur lequel il semble y avoir désormais, quelle que soit l'épistémologie à laquelle se rattachent les chercheurs, consensus.

24 J.-L. Le Moigne, *op. cit.*, p. 45.

25 *Ibid.*, p. 75 et 76.

d'autres termes, la connaissance est une « représentation de l'expérience cognitive »<sup>26</sup>. Téléologique, d'autre part, en ce que, le sujet connaissant jouant un rôle fondamental dans l'élaboration de la connaissance, son intentionnalité et ses finalités doivent être prises en compte, conscientisées et explicitées. Cela conduit à renoncer au critère de vérité objective. La conséquence n'en est cependant pas un relativisme généralisé des connaissances. En effet, dans la perspective constructiviste, est ajoutée une dimension éthique, à savoir que « la valeur d'une connaissance pour un sujet connaissant dépend en pratique de son appréciation des conséquences des actions qu'il élabore en se référant consciemment à cette connaissance »<sup>27</sup>. Sur le plan méthodologique, les épistémologies constructivistes reposent sur le principe de modélisation systémique et celui d'action intelligente. Le premier vise à modéliser une action dans son contexte, en identifiant des fonctions, en laissant le modèle ouvert et sans prétendre jamais à l'exhaustivité<sup>28</sup>. Cette méthode vise à modéliser la complexité de la pensée, la « complexité du regard ou du projet (...) plutôt que complexité attribuée à l'objet »<sup>29</sup>. Quant au principe d'action intelligente, il se démarque de la déduction syllogistique en reposant sur un mode de raisonnement dialogique, tâtonnant, prenant appui sur les expériences antérieures en ce qu'elles « fournissent des réservoirs d'heuristiques plausibles, toujours sélectionnées par quelque critère de 'faisabilité' »<sup>30</sup>. L'objectif n'est pas de construire des connaissances vraies, mais des connaissances faisables, possibles (et non exclusivement nécessaires), non plus démontrées, mais « argumentées, donc à la fois constructibles et reproductibles »<sup>31</sup>.

Ces éléments étant posés, il est à noter que les réponses aux trois questions précédemment posées – gnoséologique, méthodologique, axiologique –, bien que distinctes, sont liées ; aussi n'est-il pas possible, si l'on souhaite respecter une certaine rigueur épistémologique, d'opter, par exemple, sur le plan gnoséologique, pour une réponse constructiviste tout en mettant en œuvre une méthodologie ou en mobilisant une axiologie relevant de l'épistémologie descriptiviste. Il n'en demeure pas moins que, dans le champ scientifique, règne, de façon notable, un certain éclectisme épistémologique<sup>32</sup>, les chercheurs mobilisant les méthodes qu'ils jugent les plus fécondes, sans nécessairement interroger les prémices gnoséologiques qui les animent. Ont, en outre, été développées des approches médianes, que d'aucuns pourraient qualifier de « co-constructivistes », ou « dialectiques » et qu'il s'avère relativement difficile de situer précisément.

---

26 *Ibid.*, p. 70.

27 *Ibid.*, pp. 71-72. Jean-Louis Le Moigne ajoute que c'est une hypothèse que l'épistémologie institutionnelle a des difficultés à accepter, non seulement au nom de l'objectivité de la connaissance scientifique, mais également parce qu'elle « se souvient encore de ses longs efforts pour substituer la vérité objective à la vérité révélée » (*ibid.*, p. 71).

28 *Ibid.*, pp. 85-86.

29 *Ibid.*, p. 86.

30 *Ibid.*, p. 89.

31 *Ibid.*, p. 90.

32 C'est le constat de cet éclectisme qui fait notamment dire à Marc Doray que « normativisme et néo-normativisme apparaissent comme deux constructivismes imparfaits » (« Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé », Communication lors du Congrès de l'AFDC, Lyon, 2014 [en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org>]

## b. Épistémologie des sciences du droit : définition liminaire

Avant de proposer une définition de l'épistémologie des sciences du droit, il s'avère nécessaire de s'interroger, ne serait-ce que brièvement, sur l'objet de cette épistémologie, voire plus largement sur l'objet de l'épistémologie juridique.

1. Contrairement à la dogmatique juridique, à la philosophie ou à la théorie du droit, l'objet de l'épistémologie juridique n'est pas « le droit » (quelle que soit la définition que l'on retienne de ce concept). Son objet est la *connaissance sur le droit*, ou, dans une acception plus stricte, la *science du droit*. Ce faisant, l'épistémologie juridique n'est pas un méta-discours sur le droit<sup>33</sup>, mais un méta-méta-discours<sup>34</sup>, ou méta-science du droit<sup>35</sup>. Cette distinction s'avère d'autant plus nécessaire à souligner que le vocable « droit » renvoie de façon ambiguë, non seulement dans l'univers des juristes, mais également en dehors, tout à la fois à un ensemble normatif particulier et au savoir portant sur ces normes. Seul ce savoir est objet de l'épistémologie qui nous intéresse ici<sup>36</sup>.

Surgit alors une nouvelle interrogation : quelles sont les activités cognitives qui produisent un savoir juridique susceptible d'être l'objet d'un questionnement épistémologique ? Au vu des réflexions précédentes, seules les connaissances *relatives aux* normes peuvent relever d'une réflexion épistémologique, à l'exclusion des connaissances *des* normes ou connaissances normatives. Partant, la connaissance du droit produite par les magistrats dans les motifs d'un jugement, par les avocats dans les mémoires déposés en justice, par le législateur dans l'exposé des motifs d'une loi, par exemple, est exclue de l'analyse<sup>37</sup>, pour ne retenir que la connaissance de nature scientifique, impliquant une certaine mise à distance de l'objet de connaissance par le sujet connaissant. Ce faisant, faudrait-il également exclure la dogmatique juridique du champ d'étude, en ce que, pour certains, elle n'aurait « aucune autonomie par rapport à la norme qu'elle décrit »<sup>38</sup>, ou, pour d'autres, en raison de son absence de neutralité, donc de scientificité<sup>39</sup> ? Sans adopter une posture à ce point radicale, je soutiendrai néanmoins qu'une dogmatique strictement et exclusivement descriptive de son objet, sans mise à distance, qui, pour le dire un peu abruptement, se limiterait à le paraphraser, ne pourrait être considérée que comme produisant de l'information, et non une connaissance de nature scientifique. L'on sait toutefois que la dogmatique juridique ne se limite pas, en général, à la seule description. Elle vise « d'une part [à] mettre en ordre et

---

33 « Méta- » en ce sens que le droit est lui-même de nature discursive ; voir A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipse, 2010, p. 17 ; voir égal. F. Ost, « Science du droit », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, p. 540.

34 A. Viala, *op. cit.*, p. 231.

35 F. Ost, « Science du droit », *op. cit.*, p. 542.

36 Néanmoins, ainsi qu'on le verra ultérieurement (2<sup>e</sup> partie), le droit-ensemble normatif n'est pas totalement étranger à l'épistémologie juridique, en ce que la conception que le chercheur se fait de son objet renvoie à l'une des dimensions de l'épistémologie, à savoir l'hypothèse gnoséologique.

37 Ces différents éléments, bien qu'ici exclus, expriment néanmoins une certaine connaissance du droit ; ils peuvent donc faire l'objet d'une étude relevant, ce me semble toutefois, d'une analyse plus globale de la sociologie de la connaissance du droit, que d'une démarche strictement épistémologique.

38 A. Viala, *op. cit.*, p. 18.

39 M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, pp. 310-325.



approfondir les règles juridiques édictées, de façon à en faire une présentation systématique et en éclairer les virtualités d'application ; d'autre part, les soumettre à une appréciation critique faisant ressortir leurs qualités mais surtout leurs imperfections (...), appréciation débouchant éventuellement sur des propositions de réforme et d'amélioration »<sup>40</sup>.

Ainsi, adoptant, à l'instar de François Ost, un pluralisme épistémologique<sup>41</sup>, je reconnais « que la scientificité est susceptible de degrés et que les diverses versions de la science du droit peuvent prendre place sur un spectre aux graduations multiples »<sup>42</sup>.

La science du droit peut ainsi être perçue comme étant à la fois un corpus théorique et une pratique sociale. « Comme corpus théorique, la science du droit se présente sous la forme d'un ensemble de propositions articulées en système, impliquant la mise en œuvre d'une méthodologie conséquente et supposant l'obtention de connaissances à la fois communicables et susceptibles, sinon de vérification, du moins d'assentiment rationnel. (...) Comme pratique sociale, la science du droit suppose un système institutionnel de recherche et d'enseignement et traduit, de façon implicite ou explicite, totale ou partielle, son interaction avec les intérêts, valeurs et idéologies dominantes dans la communauté scientifique d'abord, dans la société globale ensuite »<sup>43</sup>.

2. Quelle(s) définition(s) peut-on alors proposer de l'épistémologie juridique ou de l'épistémologie des sciences du droit ? Jean-François Perrin posait en première analyse que l'épistémologie juridique était le « domaine de l'étude des modalités selon lesquelles les assertions de droit ou portant sur le droit sont fondées et produites »<sup>44</sup>. Il poursuivait, plus

---

40 P. Amselek, « Propos introductifs », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, op. cit., pp. 10-11. Paul Amselek poursuit toutefois en précisant que « l'image que nous renvoie la dogmatique juridique n'est nullement celle d'une entreprise scientifique, avec tout ce que cela implique de soumission ascétique et aseptisée aux données empiriques ; c'est celle d'une activité théorique d'accompagnement de la vie juridique des sociétés humaines, tout entière au service des besoins de la pratique juridique – une théorie engagée, 'mondaine' en quelque sorte, qui prend parti (par ses dits comme par ses non-dits, d'ailleurs), qui opine, qui porte des jugements de valeur à propos des instruments juridiques qu'elle s'assigne pour objet d'étude » (p. 12).

41 Ce pluralisme est, en sciences sociales en général, et en sciences du droit spécifiquement, un état de fait. Dans une perspective positiviste ou néopositiviste, certains défendent, en revanche, l'idée d'un monisme épistémologique, aux termes duquel toute connaissance cherchant à s'ériger en science devrait s'inscrire dans un seul et unique modèle de scientificité, en général inspiré des sciences de la nature. Sur ce débat entre monisme et pluralisme épistémologique en sciences du droit, voir notam. V. Villa, « Legal science between natural and human sciences », *Legal Studies*, vol. 4, n° 3, 1984, pp. 246-250.

42 F. Ost, op. cit., p. 540 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, pp. 450-464. Voir égal. G. Kalinowski, soutenant qu'il existe plusieurs sciences juridiques : certaines, telle l'ethnologie, l'histoire, la sociologie sont « partiellement » ou « accidentellement » juridiques, en ce qu'elle « s'étendent aussi aux normes juridiques et les étudient chacune de son propre point de vue » ; d'autres sont « exclusivement » juridiques, n'ayant pour objet d'étude que le droit. Il constate également une diversité parmi les sciences juridiques : « soit la science des normes juridiques, soit la science du juste, soit la science de la conduite juridique, soit la science de la jurisprudence (au sens français du terme), soit encore autre chose. (...) toutes ces études sont parallèlement possibles et non seulement elles ne s'excluent pas mais elles s'appellent mutuellement parce qu'elles se complètent » (*Querelle de la science normative. Une contribution à la théorie de la science*, LGDJ, 1969, pp. 1 et 2).

43 F. Ost, op. cit., p. 540.

44 J.-F. Perrin, « Épistémologie juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 228.

précis, en la qualifiant d'« ensemble métathéorique en référence duquel les assertions juridiques ou portant sur la connaissance du droit sont validées ou infirmées »<sup>45</sup>. Christian Atias conçoit quant à lui l'épistémologie juridique comme un « observatoire du savoir juridique »<sup>46</sup>, dont l'objet « n'est pas le droit, comme 'chose humaine', mais le savoir qui se forme, se transmet, se modifie à son propos »<sup>47</sup>. Ainsi, l'épistémologie juridique « n'examinerait pas le contenu des propositions théoriques pour soumettre leurs origines, leurs fondements, leurs conséquences, à une appréciation critique. Elle chercherait à expliquer comment elles sont élaborées, pourquoi elles sont reçues ou rejetées, mises en avant puis oubliées »<sup>48</sup>.

De façon plus synthétique, et sans rejeter aucune des approches précédentes, l'épistémologie des sciences du droit peut être définie comme *une réflexion analytique et critique sur l'élaboration des connaissances juridiques scientifiques et des modalités de justification et de validation de ces connaissances*.

3. Si pluralisme épistémologique il y a, peut-on identifier les ou quelques uns des différents courants qui irriguent les sciences du droit ? Si la réponse est affirmative, il faut néanmoins constater que la terminologie est loin d'être stabilisée. Ainsi, Roland Ricci retient la distinction classique entre jusnaturalistes et juspositivistes<sup>49</sup>, deux approches épistémologiques qu'il considère comme insatisfaisantes quant aux perspectives qu'elles adoptent sur les théories, et propose « de reconsidérer le statut épistémologique des théories juridiques »<sup>50</sup> en prenant appui sur les méthodes mises en œuvre par les autres disciplines scientifiques. Alexandre Viala distingue l'épistémologie prescriptive de l'épistémologie descriptive ; la première, également qualifiée d'idéalisme épistémologique<sup>51</sup>, « consist[e] à juger le droit positif, au-delà de sa simple description, à l'aune d'un idéal éthico-politique tout en revendiquant une démarche scientifique. Autrement dit, il ne s'agit rien moins que de prescrire le respect d'un idéal en l'érigeant au rang de vérité savante et objective »<sup>52</sup> ; les auteurs jusnaturalistes relèvent de ce courant. L'épistémologie descriptive ou empirique « consiste à tenir un regard strictement extérieur par rapport à (...) [l']objet d'étude, le droit positif. Le décrire, le comprendre, ne jamais le juger »<sup>53</sup>, courant auquel se rattachent les auteurs relevant du positivisme normativiste et les réalistes. Condamnant la faible scientificité de l'épistémologie prescriptive et soulignant le risque pour l'épistémologie empirique d'être

---

45 *Ibid.*, p. 231.

46 C. Atias, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, p. 8.

47 *Ibidem*.

48 *Ibid.*, p. 6.

49 R. Ricci, « Le statut épistémologique des théories juridiques », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 151-183.

50 *Ibid.*, p. 154.

51 À ne pas confondre avec l'idéalisme ontologique qui consiste, pour le juriste, à percevoir le droit « comme un ensemble de normes ou d'entités idéelles, dépourvues de toute enveloppe empiriquement saisissable et purement produite par le travail de l'esprit humain », A. Viala, *op. cit.*, p. 141.

52 *Ibid.*, p. 135.

53 *Ibid.*, p. 136

« platement descriptive »<sup>54</sup>, Alexandre Viala propose alors une voie médiane, le criticisme, en tant que démarche constructive reposant « sur la construction d'un modèle abstrait d'explication, sur l'échafaudage d'une hypothèse à laquelle, ensuite, il convient de confronter les résultats de l'expérience »<sup>55</sup>. André-Jean Arnaud, quant à lui, distingue l'épistémologie positiviste des épistémologies constitutives ; la première « postule à la fois la dualité de l'objet et du sujet, et la réalité du réel. Le but de la science consiste ainsi à découvrir la vérité en décrivant la réalité perçue comme expérience sensible »<sup>56</sup> ; elle réunit les courants du positivisme juridique et la Critique du droit. La seconde remet en cause les postulats positivistes et pose la question de savoir « comment le savoir peut (...) créer lui-même les conditions et les instruments du savoir. (...) la connaissance devient actualisation des possibles ou création de nouveaux possibles. On voit réapparaître l'idée de *but* dans l'épistémologie »<sup>57</sup> ; l'adoption d'une telle épistémologie, qui réunit l'épistémologie systémique et l'épistémologie de la complexité, vise alors à « la constitution d'une science sociale du Droit »<sup>58</sup>.

Si l'on confronte ces analyses à la classification opérée précédemment, on constate que peuvent être réunis sous la même bannière des épistémologies descriptivistes, les positivistes normativistes, les réalistes, certains des tenants du mouvement Critique du droit et les jus-naturalistes. Tous prétendent à la vérité et postulent « la réalité du réel », seul changeant le contenu de ce réel et les méthodes pour « procéder rigoureusement à sa recherche, dans le 'lieu' où il se trouve »<sup>59</sup>. Le second courant, l'épistémologie constructiviste, se retrouve sous les plumes d'Alexandre Viala et d'André-Jean Arnaud, sous des qualificatifs différents mais dénotant néanmoins une forte proximité : épistémologie constructive<sup>60</sup> ou épistémologies constitutives.

Ces éléments étant posés, ce premier tableau brossé, c'est en trois temps successifs que je proposerai de déployer, déplier, le vaste paysage que recouvre la définition retenue de l'épistémologie des sciences du droit, en répondant aux trois questions évoquées précédemment : gnoséologique (2), méthodologique (3) et axiologique (4).

## 2. LA RELATION COGNITIVE, PRÉMICES DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE

Si l'on retient que la connaissance, qu'elle soit ordinaire ou scientifique, est non seulement un résultat, mais également un processus, deux interrogations principales peuvent être soulevées : d'une part, quelle relation entretiennent le sujet connaissant et l'objet connu ?

---

54 *Ibid.*, p. 137.

55 *Ibidem.*

56 A.-J. Arnaud, « Droit et Société : du constat à la construction d'un champ commun », *Droit et Société*, n° 20-21, 1992, p. 21.

57 *Ibid.*, p. 31.

58 *Ibid.*, p. 25.

59 M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 285.

60 Même s'il n'est pas certain qu'Alexandre Viala adopte dans son intégralité l'épistémologie constructiviste telle que précédemment décrite .

D'autre part, quelle relation le sujet entretient-il avec son projet de recherche, en d'autres termes, comment le sujet élabore-t-il l'objet de sa connaissance ?

### **a. La relation sujet connaissant-objet connu**

Interroger la relation sujet connaissant-objet connu revient à soulever la question de savoir si l'un des deux termes de la relation est épistémologiquement premier. Plusieurs réponses sont envisageables<sup>61</sup>.

1. On peut, d'une part, postuler que l'un des deux termes est effectivement premier. Ainsi, selon le sens commun que semble partager une grande majorité des chercheurs en droit, l'objet-droit préexiste au sujet connaissant, lui est extérieur, voire lui est « imposé »<sup>62</sup>. Le droit n'est, en effet, pas réputé comme résultant de l'activité du savant, mais de celle d'autorités spécifiques que sont, notamment, le législateur et/ou les magistrats. Telle est notamment la position de Pierre Moor, qui précise que « [l']activité scientifique a pour visée d'introduire la plus grande rationalité possible dans la connaissance d'un objet (...). Les concepts, les théories, les définitions et leurs interprétations (...) sont la manifestation intellectuelle de cette rationalité en tant qu'elle décrit un objet qui, d'une manière ou d'une autre, lui est extérieur, dans une autonomie d'existence dont précisément il s'agit de rendre compte »<sup>63</sup>. Étant extérieur et antérieur au sujet connaissant, l'objet, « ses » caractéristiques « intrinsèques » peuvent donc être « objectivement » analysés.

À l'inverse, dans une perspective constructiviste radicale, on peut soutenir que le sujet est premier, qu'il construit l'objet de sa connaissance, la réalité extérieure n'étant que le fruit de son esprit. Ce serait donc par jeu de langage que l'on parlerait de réalité « extérieure »<sup>64</sup>. Ainsi présentée, cette seconde hypothèse présente un avantage certain : en jetant le regard sur le sujet prioritairement à l'objet, elle met en lumière la subjectivité du chercheur et les déterminants, individuels ou sociaux, qui le constituent : le sujet connaissant est « le sujet vivant (...), aléatoire, insuffisant, vacillant, modeste, qui introduit sa propre finitude »<sup>65</sup>.

2. On peut, d'autre part, toujours dans une perspective constructiviste, non plus postuler la priorité d'un des termes sur l'autre, mais la co-émergence de l'un et l'autre par l'activité cognitive. Telle est la perspective dans laquelle s'inscrivait Piaget, affirmant que « [l']intelligence (et donc l'action de connaître) ne débute (...) ni par la connaissance du moi, ni par celle des choses comme telles, mais par celle de leur interaction ; c'est en s'orientant simultanément vers les deux pôles de cette interaction qu'elle organise le monde en s'organisant elle-même »<sup>66</sup>. C'est parce qu'il choisit ou construit un objet de recherche que

---

61 Voir notam. B. Jolibert, « Subjectivité et vérité », in G. Ferréol (dir.), *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, Éditions EME, 2014, pp. 13-31

62 C. Atias, *op. cit.*, p. 141.

63 P. Moor, « Savoirs juridiques et savoir sur le droit », *RESS*, 2005, p. 13.

64 Ainsi que le souligne Michel Bitbol, « Le mot 'extérieur' (...) est seulement une manière de désigner ce à propos de quoi un accord peut s'établir. (...) seulement un point focal virtuel dans un jeu d'échange entre expériences situées, un foyer qui émerge et se stabilise par la dynamique du jeu » (*De l'intérieur du monde. Pour une philosophie et une science des relations*, Flammarion, 2010, p. 28).

65 E. Morin, *La méthode*, 3. *Connaissance de la connaissance*, *op. cit.*, p. 22.

66 J. Piaget, *La construction du réel chez l'enfant*. Delachaux et Niestlé, 1967, p. 311.

l'observateur se constitue en sujet connaissant. Michel Bitbol précise que la relation cognitive est « une relation qu'on habite plutôt qu'on ne contemple ; une relation dont on est si totalement un terme que la dualité de ses termes, jamais apparente, reste une vue de l'esprit ; une relation à laquelle fait défaut la distension, ou la différenciation que supposent les relations plus ordinaires »<sup>67</sup>. Il y a ainsi « corelativité de l'acte de connaître et de l'objet connu »<sup>68</sup>.

Pour abstraite que paraisse l'interrogation relative à la relation sujet-objet, elle prend tout son sens lorsque l'on porte le regard sur la seconde dimension de la relation cognitive, celle de la relation sujet-projet.

## **b. La relation sujet-projet : la construction de l'objet de la connaissance juridique**

1. Que le juriste-savant en ait ou non conscience, qu'il l'affirme ou le taise, son inscription dans une démarche scientifique (et non exclusivement descriptive) le conduit, comme tout chercheur, à construire son objet d'étude<sup>69</sup> en vue d'un projet particulier. En d'autres termes, « le choix d'un objet d'étude n'est pas innocent, (...) il suppose déjà une interprétation préalable, (...) il est inspiré par notre intérêt présent. Reconnaissons que ce n'est pas un pur *donné*, mais un fragment d'univers qui se délimite par notre visée. (...) à partir d'un désir de savoir et de rencontre, notre attention se porte en *deux* directions distinctes : l'une qui concerne la réalité à saisir, l'être ou l'objet à connaître, les limites du champ de l'enquête, la définition plus ou moins explicite de ce qu'il importe d'explorer ; l'autre qui concerne la nature de notre réplique : nos apports, nos outils, nos fins – le langage que nous mettrons en œuvre, les instruments dont nous nous servirons, les procédés auxquels nous recourrons. Nous sommes (...) l'unique source de ce double choix : c'est pourquoi nous choisissons si fréquemment nos moyens d'exploration en fonction de l'objet à explorer et, réciproquement, nos objets en fonction de nos moyens »<sup>70</sup>. Il y a donc, de la part du chercheur, une « décision de connaissance » qui inscrit « le phénomène étudié dans un topos, c'est-à-dire dans un lieu reconnu, espace de travail disciplinaire identifiable à ses concepts clés, à ses références tutélaires, à ses analyses paradigmatiques »<sup>71</sup>.

Ce faisant, affirmer que l'objet du savoir juridique est imposé au chercheur, lui est extérieur, c'est confondre le droit-ensemble normatif et le droit-objet de connaissance scientifique. Mais Alexandre Viala souligne parfaitement la difficulté particulière qui se présente au juriste : le droit est un discours, qui se présente, *a priori* dès avant toute activité de recherche, comme étant juridique<sup>72</sup>. Le chercheur en droit doit donc s'arracher à une

---

67 M. Bitbol, *op. cit.*, p. 27.

68 *Ibid.*, p. 14. Pour Edgar Morin « [l]e sujet émerge en même temps que le monde » (« Le dessin et le dessein complexes », in *Introduction à la pensée complexe*, *op. cit.*, p. 53).

69 On cite souvent la désormais célèbre phrase de Gaston Bachelard : « Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit » (*La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1999 (1938), p. 14).

70 J. Starobinski, « Le texte et l'interprète », in *Les approches du sens. Essais sur la critique*, La Dogana, 2013, p. 172.

71 J.-M. Berthelot, « Les sciences du social », *op. cit.*, p. 228.

72 « L'opération de construction est déjà entamée par l'objet même que le juriste est réputé construire parce que cet objet-là s'exprime et revêt lui-même la forme d'un discours », A. Viala, *op. cit.*, p. 18.

inclination « naturelle » le conduisant à restreindre son étude à l'analyse des normes juridiques, qu'elles soient positives ou historiques, afin de construire un objet de recherche autonome par rapport à l'objet-droit, lequel « ne doit demeurer pour lui qu'un matériau brut dont il se sert pour construire son objet »<sup>73</sup>. Michel Miaille ne disait pas autre chose lorsqu'il affirmait, prenant appui sur les réflexions de Durkheim, qu'il n'y a « pas identité entre l'objet de la recherche et des faits : il y a seulement un rapport. Toute la distance entre l'un et l'autre est remplie par le travail d'élaboration théorique »<sup>74</sup>.

La connaissance scientifique n'est qu'une représentation, elle « crée un monde, par les mots, les concepts ou les nombres, qui se surajoute à celui dont elle rend compte »<sup>75</sup>.

2. Bien que l'épistémologie des sciences du droit n'ait pas le droit pour objet, on retrouve, au stade de la réflexion relative à la relation sujet-projet, la nécessité pour le chercheur de mettre à jour la ou les acceptations du « droit » qu'il va mobiliser. La sélection des instruments utilisés pour l'élaboration de théories relatives à cet « objet » en dépend. Ainsi, selon que l'on pensera le droit comme discours, comme fait ou comme devoir-être, la démarche théorique différera. Si l'on postule le droit comme « en-soi épistémologique »<sup>76</sup>, en niant toute pertinence à l'étude de la dimension idéologique de la norme, le projet impliquera d'adopter un regard de type interne, ou compréhensif ; alors que postuler la « duplicité épistémologique du phénomène juridique »<sup>77</sup>, à la fois devoir-être social et réalité sociale, conduira à projeter un regard externe – explicatif – ou externe modéré – explication compréhensive –<sup>78</sup> sur l'objet, faisant appel à l'interdisciplinarité et mobilisant des éléments extra-juridiques<sup>79</sup>. Si l'on a du droit une conception moniste ou pluraliste, les méthodes d'analyse varieront également.

---

73 *Ibid.*, p. 225.

74 M. Miaille, *op. cit.*, p. 70.

75 A. Viala, *op. cit.*, p. 201.

76 Expression de Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, *op. cit.*, p. 143

77 *Ibid.*, p. 14.

78 On notera que, là encore, la terminologie n'est pas fixe puisque l'on peut dire qu'un chercheur normativiste pose sur le droit un regard extérieur, le décrivant, mais ne le jugeant pas (A. Viala, *op. cit.*, p. 136). Aussi, sur la distinction entre points de vue interne, externe et externe modéré, voir notam. M.L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, pp. 108-110 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, pp. 458-464. ; des mêmes auteurs : « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviante et société*, vol. 11, n° 2, 1987, pp. 189-193. *La question du point de vue interne dans la science du droit*, *RIEJ*, n° 58, 2007. Sur l'opposition entre explication et compréhension, voir notam. C. Colliot-Thélène, « Expliquer/comprendre : relecture d'une controverse », *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales*, *Espaces Temps*, n° 84-86, 2004, pp. 6-23 ; égal. G. Ferréol, « Subjectivité, dialectique explication/compréhension et intelligibilité du social », in G. Ferréol (dir.), *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, EME Éditions, 2014, pp. 101-118.

79 Selon François Ost, l'ambition d'une science du droit adoptant un point de vue externe modéré « est d'expliquer le phénomène juridique en le rapportant à d'autres faits et discours sociaux, tout en ne mutilant pas sa spécificité, ce qui suppose une 'compréhension' préalable de celui-ci » (« Science du droit », *op. cit.*, p. 541). Georges Azzaria précise que « [l]e droit, étudié en lui-même, a une portée explicative réduite, voire limitée, car l'analyse se prive de points de vue concurrents qui entourent la production et l'application des normes. (...) l'interdisciplinarité permet que les conclusions des juristes soient autre chose que leurs propres lubies » (G. Azzaria, « Présentation », *Épistémologie et méthodologie juridiques*, *Les Cahiers de droit*, vol. 52, n° 3-4, 2011, p. 348).

Dans une perspective constructiviste, on pourrait rejeter comme idéaliste le fait de postuler l'existence du droit comme « matériau brut » servant de base à la construction de l'objet de recherche. Et affirmer que rien ne permet de postuler, *a priori*, l'existence d'un objet-droit. Qu'il n'y a pas, pour le chercheur, de « déjà-droit »<sup>80</sup>. Il y a des acteurs, des « institutions », qui nomment des phénomènes « règles de droit », « actes juridiques », « normes », etc. ; le projet serait alors celui d'analyser comment ces acteurs construisent et nomment ces phénomènes, comment le discours se transforme en droit et comment le méta-discours que le chercheur élabore participe à la transformation du discours en droit<sup>81</sup>. Seraient alors mobilisés des outils relevant notamment de disciplines non juridiques, telle la sociologie, l'ethnométhodologie, la linguistique, l'analyse du discours, la psychologie sociale...

On le constate, la décision de connaissance et l'élaboration du projet sont des éléments déterminants de l'élaboration de la connaissance juridique, conditionnant l'ensemble du processus.

### 3. QUELQUES RÉFLEXIONS SOUS-JACENTES À L'ÉLABORATION DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE

Ainsi qu'il a été précisé, l'épistémologie renvoie, en deuxième analyse, à une interrogation méthodologique : comment la connaissance est-elle constituée ? La méthodologie de la recherche faisant l'objet d'une contribution spécifique dans cet ouvrage, il ne s'agira donc pas ici d'aborder les questions précises qu'elle soulève pour le chercheur en droit. Seront, en revanche, abordées trois des réflexions sous-jacentes à cette méthodologie : d'une part, la place reconnue à la subjectivité de l'auteur dans l'élaboration de la connaissance ; d'autre part l'identification du cadre de référence, de la « matrice disciplinaire » ; enfin, la question de l'écriture de la science du droit, oscillant entre récit et modèle.

#### a. Ôter le masque de l'auteur : l'impossible objectivité en science du droit ?

La place du sujet connaissant dans le processus cognitif est une interrogation qui anime la philosophie des sciences depuis plusieurs millénaires, et renvoie, au final, à la question du rapport de la connaissance produite à la « vérité » ou, plus largement, celle de la valeur du savoir<sup>82</sup>. Ayant précédemment posé le principe selon lequel la connaissance est un processus

80 Expression que je reprends à Bjarne Melkevik (*Épistémologie juridique et déjà-droit*, Buenos Books International, 2014), mais dans un sens légèrement différent, en ce que cet auteur, réaliste, affirme que « le droit est le résultat d'un procès juste et équitable et (...) qu'il ne quitte jamais rationnellement cet état de 'résultat' » (*ibid.*, p. 50).

81 Ainsi que le souligne Juan Antonio García Amado, « *el derecho es lo que se dice sobre el derecho. Y si esto es así, si el objeto derecho se constituye y se recrea permanentemente al hablar de el, a tal constitución contribuye todo discurso sobre el derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente y operante. Y esto vale lo mismo para el discurso dogmático que para el discurso de las ciencias social sobre el derecho* » (« Sobre los modos de conocer el derecho. O de como construir el objeto jurídico », *Droit et société*, n° 20-21, 1992, pp. 54-55)

82 B. Jolibert, « Subjectivité et vérité », *op. cit.*, p. 14.

mettant en jeu une décision par laquelle le chercheur s'engage dans un projet, la question de la subjectivité surgit nécessairement, en ce sens que le chercheur est engagé dans et par la connaissance qu'il produit. Au surplus, la conception dominante dans le domaine des sciences est d'affirmer qu'une connaissance ne peut prétendre se constituer comme science qu'à condition que le chercheur adopte une posture de « neutralité axiologique »<sup>83</sup>, seul gage d'une connaissance objective, donc universelle. Tel est le modèle de référence prôné notamment par Kelsen, excluant tout jugement porté sur la valeur morale du droit positif.

Partant, deux réflexions peuvent être menées, qui se déploient sur des terrains extrêmement proches mais qu'il faut, à des fins didactiques, néanmoins séparer, ne serait-ce que temporairement : l'une portant sur le choix qui se présente au chercheur entre neutralité et engagement axiologiques ; l'autre relative à l'inscription indispensable du chercheur dans un processus réflexif à l'égard de sa propre subjectivité.

1. La question de la neutralité ou de l'engagement axiologiques renvoie à celle de savoir, alors même que le droit n'est, incontestablement, pas neutre<sup>84</sup>, s'il est possible que le

---

83 Cette expression est traditionnellement associée aux travaux de Weber, dont on sait qu'ils ont, pour nombre d'entre eux, été traduits en français, dans les années 1960, par Julien Freund, qui a pris le parti de traduire « *Wertfreiheit* » par « neutralité axiologique », équivalent francophone de l'« *axiological neutrality* » de la sociologie américaine post-1945, prônant un non-engagement du chercheur (sociologie qui émerge en période de guerre froide ; les écrits méthodologiques de Weber seront traduits aux États-Unis en 1949). Or, les récents travaux d'Isabelle Kalinowski mettent clairement en évidence que la neutralité n'est pas un argument wébérien, Weber étant un chercheur politiquement engagé et l'assumant (I. Kalinowski, « Leçons wébériennes sur la science et la propagande », in M. Weber, *La science, profession et vocation*, Agone, 2005, pp. 191-208, spé. 197-198). Ainsi affirme-t-elle que « la problématique de la *Wertfreiheit* n'est pas celle de l'existence de valeurs en soi ou de l'adhésion en soi à des valeurs, mais celle de l'usage malhonnête qui peut être fait des valeurs lorsqu'elles sont présentes sans être données comme telles, lorsqu'elles sont 'masquées', 'cachées' (...) connotées, au lieu d'être explicitées et assumées au grand jour. Weber ne pose pas le problème de la possession ou non de valeurs, mais celui, *relationnel*, de leur mode de transmission : la *Wertfreiheit*, dont le sens exact serait ainsi la 'non imposition des valeurs', doit selon lui prévaloir dans le domaine des sciences et de la connaissance, par opposition aux domaines de la croyance (religieuse, politique, etc.), régis par la propagande (...). La situation de transmission que Weber a en tête est très concrète : c'est la situation d'enseignement (...). Ce principe, destiné à défendre ceux qui, de fait sont les dominés du rapport pédagogique, est d'autant plus crucial à ses yeux que les étudiants sont dans une situation de double dépossession : à la privation de la parole et du droit de contradiction s'ajoute la dépendance à laquelle sont soumis, quant à leur avenir, ceux dont les chances éventuelles de carrière académique sont placées dans les mains des professeurs » (pp. 199-200). La question est alors posée de savoir pourquoi Julien Freund a ainsi traduit le terme « *Wertfreiheit* ». Isabelle Kalinowski propose l'analyse suivante : « L'époque où Julien Freund lança sur le marché intellectuel français le mot d'ordre faussement wébérien de 'neutralité axiologique' correspond à un moment précis de l'histoire intellectuelle française (...) : celui où s'accrut très sensiblement, dans le personnel enseignant et parmi les étudiants des universités, le nombre de marxistes, de membres du parti communiste et de militants d'extrême gauche. La figure de l'engagement', dans ce contexte, était de toute évidence associée à ce type de positions politiques, et celle de la 'neutralité' à un rejet de ces dernières » (*ibid.*, p. 204). Pour très éclairante et enrichissante que soit l'analyse d'Isabelle Kalinowski, la « neutralité axiologique » demeure encore un concept central de la démarche scientifique dominante, et, à ce titre, mérite toujours d'être interrogé.

84 Ainsi que le précise notamment Jean-François Perrin, « [l]e droit se situe précisément à la charnière du socialement imaginé et du socialement pratiqué. (...) Une règle de droit n'est pas une idée en 'elle-même' ; mais une idée 'en action' » (*Pour une théorie de la connaissance juridique*, op. cit., p. 14). Il poursuit en précisant : « [l]a volonté 'normative' porte sur un modèle de rapport social nécessaire. (...) la représentation imaginaire de la relation qui doit être constituée la matière première de toute norme juridique. (...) L'imaginaire entre directement dans la définition de la notion. Les auteurs conviennent souvent que l'idéologie est d'abord tout simplement 'un système de représentation', c'est-à-dire une peinture de modèles sociaux imaginaires. (...) Le droit passe nécessairement par cette phase de l'imaginaire. L'idée est antérieure à la proposition d'action » (p. 128). Kelsen adopte une position différente, en ce qu'il considère



discours sur le droit soit neutre, exempt de tout jugement de valeur.

Plusieurs réponses sont envisageables. La première consiste à soutenir, à l'instar de Danièle Lochak, que la neutralité est pour ainsi dire impossible dans l'élaboration d'une connaissance de type dogmatique : « toute législation, à des degrés variables, véhicule des valeurs auxquelles le commentaire de la loi, même lorsqu'il prétend en faire abstraction, fait nécessairement écho »<sup>85</sup>. Le chercheur, qu'il en ait ou non conscience, qu'il l'affirme ou non, se trouve pris dans les rets de l'idéologie et des valeurs portées par le système juridique en général. Ainsi, « s'abriter derrière une neutralité de façade sous prétexte qu'elle est l'attitude qui sied au juriste n'est ni une solution efficace, ni une solution honorable »<sup>86</sup> lorsque la législation analysée paraît moralement condamnable. Cependant, d'aucuns rétorqueront que, ce faisant, le chercheur fait œuvre d'interprétation, « [o]r une interprétation implique une évaluation, c'est-à-dire un choix qui échappe, par définition, à toute objectivité. Elle conduit le juriste hors des limites de la neutralité axiologique qui s'impose au savant »<sup>87</sup>. La disqualification est définitive : si « la science du droit (...) contient des évaluations (...) [elle] n'est pas une science »<sup>88</sup>.

Une deuxième attitude consiste à soutenir que la neutralité est possible et indispensable, l'objet de la science du droit est alors construit dans cette perspective. Ainsi Michel Troper distingue-t-il deux objets : les « énoncés sur la norme en vigueur et [les] énoncés sur la norme applicable »<sup>89</sup>. La dogmatique a pour objet les normes applicables, celles qui ne sont pas encore appliquées, donc qui n'existent pas ; ce faisant, elle est une activité normative, interprétative, et remplit une fonction pratique, mais n'est pas de nature scientifique<sup>90</sup>. Les normes en vigueur sont en revanche l'objet de la science du droit. Michel Troper présuppose alors « qu'une norme est la signification d'un acte humain, en général exprimée dans un texte et que cette signification est déterminée par une décision émanant d'une autorité capable de donner une interprétation authentique. Décrire la norme en vigueur, c'est alors simplement décrire cette décision »<sup>91</sup>. Mais il ne s'agit pas d'une simple description de la norme – répétition qui serait inutile – ; elle est la description d'une interprétation (authentique), c'est-

---

que ce ne sont pas les valeurs qui fondent les normes, mais les normes qui fondent les valeurs (*Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 110).

85 D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, op. cit., p. 308. Analysant l'attitude de la doctrine juridique à l'égard de la législation vichyste, elle met en évidence qu'« en prenant au sérieux la législation raciale, en traitant le droit antisémite comme une banale branche du droit, la doctrine a participé à la légitimation de la politique antisémite de Vichy et a contribué à sa façon à en faciliter tant l'acceptation que l'application. Le fait de s'être abstenu de toute approbation bruyante, d'avoir conservé, dans l'exégèse des lois antijuives et l'analyse de la jurisprudence, le ton du détachement scientifique, n'est pas de nature à supprimer cette responsabilité propre des juristes : car en dissertant doctement et sans passion de ces questions, ils leur conféraient une sorte de respectabilité (...). Et cela d'autant mieux que la technicité du propos et le formalisme abstrait du raisonnement masquaient les implications concrètes et les conséquences dramatiques des mesures analysées » (*ibid.*, p. 306).

86 *Ibid.*, p. 308.

87 A. Viala, op. cit., p. 202.

88 M. Troper, op. cit., p. 314.

89 *Ibid.*, p. 319.

90 *Ibid.*, pp. 319-320.

91 *Ibid.*, p. 319.

à-dire « d'un fait empirique ou plutôt d'un nombre considérable de faits empiriques, qui ne se donnent pas à lire directement »<sup>92</sup>, à savoir, notamment, le processus au terme duquel est adopté l'acte d'interprétation, donc la norme. Partant, « comme la description dépend seulement de la constatation d'un fait empirique (...) et non d'évaluations, on peut considérer que l'exigence de neutralité axiologique est satisfaite »<sup>93</sup>. D'aucuns pourraient alors objecter que les faits empiriques décrits sont porteurs de valeurs que la description véhicule à son tour, même si le chercheur s'abstient de formuler ses propres préférences... On pourrait, en outre, opposer à cette approche que, « en affirmant que la science du droit a une fonction descriptive et un contenu axiologique neutre, on dit, en réalité, non pas ce qui est mais ce que la science du droit doit être selon un modèle de référence. Ainsi, à une science prétendument descriptive et réelle correspond une méta-science prescriptive et idéale. En termes plus abrupts, on peut en conclure que la science du droit est neutre et descriptive parce qu'elle doit être ainsi »<sup>94</sup>.

Une troisième perspective, à laquelle certains pourraient cependant opposer les mêmes arguments qu'à la première, est d'assumer et d'affirmer explicitement son engagement axiologique. Tel est le cas des auteurs relevant du courant Critique. Rémi Bachand exprime le positionnement ontologique et épistémologique de cette approche en ces termes : « ce qui fonde l'ontologie de la Critique, c'est l'ensemble des relations de pouvoir qui gouverne d'une manière ou d'une autre les individus et les sociétés. La Critique est donc fondamentalement politique (compris ici dans un sens large de manière à intégrer les dimensions économiques, sociales, culturelles des relations de pouvoir) et n'existe que pour dénoncer et ultimement renverser (plutôt qu'adoucir) les rapports de domination et d'exploitation (...). Or (...) un tel engagement n'est évidemment possible que grâce à l'adhésion à une posture épistémologique qui rejette l'objectivité de la science (...) cette Critique est fondée autour de la conviction selon laquelle le savoir est toujours *situé*, c'est-à-dire qu'il se constitue toujours à partir d'un point de vue ou d'une position politique particulière et que ce point de vue a notamment comme effet d'influencer *la façon de poser les problématiques*, mais aussi plus fondamentalement encore (...) *le choix des problématiques en tant que tel* »<sup>95</sup>. Ce faisant, les théories critiques adoptent une posture que l'on peut qualifier de constructiviste<sup>96</sup>.

On le constate, la question de la neutralité axiologique, dans le domaine des sciences du droit – comme dans nombre de domaines relevant des sciences humaines et sociales –, est on ne peut plus délicate et ne reçoit pas de réponse univoque.

2. Telle est la raison pour laquelle la démarche probablement la plus importante que devrait adopter le chercheur est celle d'une réflexion sur sa propre subjectivité. Cette posture réflexive est, en effet, indispensable car si « [j]e peux m'extraire, par un mouvement, un

---

92 *Ibid.*, p. 323.

93 *Ibid.*, p. 320.

94 J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de Philosophie du Droit*, 2001, p. 222-223.

95 R. Bachand, « Pour une théorie critique en droit international », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, pp. 117-118.

96 H. Mayrand, « L'apport mutuel entre constructivisme et théories critiques », in R. Bachand (dir.), *op. cit.*, pp. 147-177.

dispositif, ou une identification, de là d'où j'ai connu, (...) je ne peux pas m'abstraire de 'je' qui connaît au moment du connaître »<sup>97</sup>.

Dans cette perspective, « *ce que dit* l'auteur compte moins que la question de savoir *d'où il parle et qui il est* »<sup>98</sup>. Nietzsche<sup>99</sup>, Marx<sup>100</sup>, Freud<sup>101</sup>, mais également Kuhn<sup>102</sup>, Bourdieu<sup>103</sup>, ou Bruno Latour<sup>104</sup>, par exemple, ont tous insisté sur les déterminants, individuels et/ou sociaux, qui conditionnent l'activité cognitive. « [L]e savoir n'est pas produit par des individus mais bien par des communautés d'individus. Le savoir est toujours historique et socialement situé. Il est lié à des lieux, des temps, des pratiques. Le savoir se construit dans une histoire et un espace social, dans une temporalité qui dépasse en réalité la temporalité dans laquelle se situent les producteurs de savoir »<sup>105</sup>. La connaissance scientifique n'échappe pas à ces influences sociales, qu'elle détermine en retour.

Si la sociologie ou socio-anthropologie de la connaissance juridique reste encore très largement à faire<sup>106</sup>, on peut néanmoins attendre des chercheurs qu'ils produisent un effort de connaissance de soi et du contexte socio-professionnel dans lequel ils évoluent, afin de ne pas « se » leurrer ni « se dissimul[er] derrière l'apparente objectivité de leurs idées, comme si la vérité anonyme parlait par leur plume »<sup>107</sup>.

Autant d'interrogations qui relèvent de l'identification du cadre de référence dans lequel se déploie le travail de recherche.

## **b. Identification de la « matrice disciplinaire »<sup>108</sup>**

97 M. Bitbol, *op. cit.*, p. 28.

98 A. Viala, *op. cit.*, p. 225. Voir égal. A. Lagneau-Devillé, « Questions sociologiques à propos de l'interprétation en droit », in M. Van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, pp. 505-550.

99 *Généalogie de la morale*.

100 Mettant en évidence, notamment dans *Misère de la philosophie*, que les idées sont des produits historiques et transitoires, fruits des rapports sociaux.

101 Et la science de l'inconscient.

102 Soulignant les inerties et résistances de la « science normale » résultant notamment des contraintes exercées par les institutions (*La structure des révolutions scientifiques ; La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*).

103 Révélant, la lutte des membres d'un champ scientifique visant l'accumulation d'un « capital symbolique » de reconnaissance et crédibilité (voir notamment *Science de la science et réflexivité* ou « Le champ scientifique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 2, n° 2-3, 1976, pp. 88-104).

104 Développant la théorie de l'acteur-réseau et l'analyse de la construction agonistique du fait scientifique (*La vie de laboratoire ; La science telle qu'elle se fait*).

105 E. Mangez, « Une sociologie de la connaissance, un impératif ! », *Recherches sociologiques et anthropologiques*, 2012 (hors série), p. 15. Voir égal. G. Busino, « Matériaux pour l'histoire de la sociologie de la connaissance », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XLV-139, 2007, pp. 57-190.

106 Je plaiderais volontiers pour que les facultés de droit développent un enseignement en ce sens, ou celui d'une histoire des sciences du droit, mais il est peu probable que cet appel trouve grand écho dans « l'air du temps » académique.

107 E. Morin, « Épistémologie de la complexité », *op. cit.*, p. 153. Alexandre Viala dénonce également ces auteurs qui « attribuent au monde qu'ils observent le résultat subjectif de leurs constructions mentales sachant que l'avantage qu'ils attendent en dissimulant de cette façon leur subjectivité derrière leur œuvre ou derrière l'objet qu'ils traitent, est de pouvoir soustraire leur théorie à la critique » (A. Viala, *op. cit.*, p. 228).

108 T. Kuhn, « Postface-1969 », *Structure des révolutions scientifiques*, *op. cit.*, p. 248.

« [L]’opération de *problématisation* et de *construction de l’objet* [est] le lieu où se nouent les choix et où se concentrent les alternatives et les orientations disponibles dans la discipline à un moment donné »<sup>109</sup>. Or, ces alternatives et orientations dépendent du « cadre de pertinence »<sup>110</sup>, de la « matrice disciplinaire », dans lesquels s’inscrit le chercheur. Cette matrice, qui prend corps dans une communauté scientifique particulière, est constituée de paradigmes, ponctuée d’obstacles épistémologiques et animée, transitoirement, de glissements et de changements paradigmatiques.

1. Une communauté scientifique est composée de chercheurs ayant en commun une certaine spécialisation scientifique, une formation académique et professionnelle semblable, établie sur un savoir technique particulier<sup>111</sup>. Cette communauté peut être constituée de diverses écoles, abordant « le même sujet avec des points de vue incompatibles »<sup>112</sup>. Ce cadre institutionnel est d’autant plus important à percevoir qu’il conditionne, du fait des diverses structures et relations de pouvoir qui le constituent, non seulement la circulation du savoir, en son sein et vers l’extérieur, mais également la formation des futurs membres de la communauté.

Faut-il considérer le champ des sciences du droit comme relevant d’une seule communauté scientifique – celle des spécialistes « du » droit – ou comme organisé en autant de communautés qu’il y a de disciplines représentées ? Dans cette seconde hypothèse, quel critère de « regroupement » retenir ? Ce qui soulève une autre interrogation, plus générale : qu’est-ce qu’une discipline juridique<sup>113</sup> ? Faut-il retenir les classifications pédagogiques universitaires, dont les frontières sont pour le moins mouvantes ? Retenir des subdivisions « de fond » du droit (droit privé, droit public, histoire du droit pour la France) ? Il n’y a, à ces questions, aucune réponse tranchée, et l’on peut très bien concevoir une communauté juridique, ou plusieurs. Il faut néanmoins garder à l’esprit qu’une communauté scientifique est régie par un ou quelques paradigmes. Leur identification est donc indispensable.

2. Selon Kuhn, la notion de « paradigme » peut être entendue dans un sens large ou dans un sens strict. Au sens large, le paradigme est une matrice disciplinaire : « *disciplinaire*, parce que cela implique une possession commune de la part des spécialistes d’une discipline particulière ; *matrice*, parce que cet ensemble se compose d’éléments ordonnés de diverses sortes, dont chacun demande une étude détaillée (...) en tant que tels, ils forment un tout et fonctionnent ensemble »<sup>114</sup>. Parmi ces éléments, Kuhn en identifie quatre : les « généralisations symboliques » en tant qu’« expressions employées sans questions ou dissensions par les membres du groupe »<sup>115</sup> ; les croyances, métaphores et analogies

---

109 J.-M. Berthelot, « Les sciences du social », *op. cit.*, p. 225.

110 *Ibid.*, p. 222.

111 T. Kuhn, « Postface-1969 », *op. cit.*, p. 241.

112 *Ibidem*.

113 Un colloque s’est récemment tenu sur cette question : *Qu’est-ce qu’une discipline juridique ? Fondation et recomposition des discours des facultés de droit*, École de droit de la Sorbonne et Sciences Po, 28-29 janvier 2015 (les actes sont à paraître dans la collection Contextes. Culture du droit, Lextenso-LGDJ).

114 T. Kuhn, *op. cit.*, p. 248.

115 *Ibidem*.

auxquelles adhèrent collectivement les membres de la communauté scientifique ; les valeurs telles que celles d'exactitude, de cohérence interne et externe, de plausibilité, etc. ; les paradigmes, au sens strict, en tant qu'exemples communs, solutions à des énigmes permettant de résoudre les nouvelles énigmes qui émergent. L'émergence d'un paradigme (au sens strict) a un impact important sur le groupe, en ce qu'elle conduit à la disparition, ou à tout le moins à la marginalisation, des chercheurs qui ne se convertissent pas à ce nouveau modèle<sup>116</sup>. En d'autres termes, le paradigme « à la manière d'une carte et d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solutions »<sup>117</sup>. En outre « [q]uand le chercheur individuel peut considérer un paradigme comme acquis, il n'a plus besoin, dans ses travaux majeurs, de tout édifier en partant des premiers principes et en justifiant l'usage de chaque nouveau concept introduit. Il peut laisser cela à l'auteur de manuels. Pourvu donc qu'il existe un manuel, le chercheur peut commencer ses recherches là où s'arrête le manuel »<sup>118</sup>.

Ceci étant précisé, quels paradigmes irriguent les sciences du droit ? Il faut bien admettre que, malgré le fait que le terme soit extrêmement souvent employé par la doctrine, bien peu de chercheurs s'emploient à en donner une définition précise, renvoyant, implicitement, à la conception générale qu'en donnait Kuhn, mêlant ainsi valeurs, croyances, et paradigmes<sup>119</sup>. Sans proposer ici une liste exhaustive des paradigmes « juridiques », quelques uns peuvent être identifiés : ceux de la souveraineté et de la rationalité du législateur<sup>120</sup>, qui guident, en dogmatique juridique, l'interprétation du droit ; le monisme juridique et, paradigme concurrent, le pluralisme juridique<sup>121</sup> ; le modèle pyramidal du droit, et le paradigme concurrent du réseau<sup>122</sup>. Les principes de cohérence, de sécurité et de stabilité peuvent également être qualifiés de paradigmes juridiques, mais probablement dans le sens large retenu par Kuhn, renvoyant ici aux valeurs. Le paradigme du système relève également du champ juridique<sup>123</sup>.

116 T. Kuhn, *Structure des révolutions scientifiques*, op. cit., p. 40.

117 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 13. Pour Kuhn, « l'établissement d'un paradigme apporte à la communauté scientifique, entre autres choses, le moyen de choisir des problèmes dont on peut supposer qu'ils ont une solution, tant qu'on tient le paradigme pour acquis » (*La structure des révolutions scientifiques*, op. cit., p. 63).

118 T. Kuhn, op. cit., p. 41.

119 À leur décharge, on rappellera que, dans sa version initiale, l'ouvrage de Kuhn comptait pas moins de 22 manières différentes d'appréhender le terme (T. Kuhn, « Postface-1969 », op. cit., p. 247). En outre, la question a été soulevée de savoir si, du fait de la multiplicité des affrontements entre « écoles » dans le domaine des sciences juridiques, celles-ci n'en étaient pas au stade « préparadigmatique » identifié par Kuhn dans le premier chapitre de son ouvrage (v. F. Ost et M. Van de Kerchove, « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », *RIEJ*, n° 30, 1993 [en ligne : [www.dhdi.free.fr/](http://www.dhdi.free.fr/)]). Néanmoins, et au regard des propos mêmes de Kuhn (« Postface-1969 », op. cit., p. 244), on peut suivre ces auteurs lorsqu'ils affirment que, malgré la rivalité des écoles, « il y a quelque chose qui ressemble beaucoup à un paradigme », à tout le moins entendu dans son sens large.

120 F. Ost et M. Van de Kerchove, « Rationalité et souveraineté du législateur : paradigmes de la dogmatique juridique ? », *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 62, 1985, pp. 227-251.

121 Voir notam. N. Blanc, « Image(s) et Droit(s) constitutionnel(s). Le comparatiste face aux paradigmes du Droit constitutionnel », Communication lors du Congrès de l'AFDC, Nancy, 2011 [en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org>]. Voir égal. H. Abdelhamid, « Les paradigmes post-modernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in G. Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, 2012, pp. 135-182.

122 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 14.

123 La grande diversité des acceptions de la notion de système ne permet pas une recension exhaustive des

La concurrence des paradigmes au sein d'une même communauté scientifique peut conduire à un changement paradigmatique ; mais les paradigmes eux-mêmes peuvent constituer des obstacles épistémologiques.

3. La notion « d'obstacle épistémologique », créée par Bachelard<sup>124</sup>, est susceptible de recouvrir une pluralité d'éléments, qui constituent tous des « causes de stagnation et même de régression (...), des causes d'inertie »<sup>125</sup> dans l'évolution de la connaissance scientifique ; ce sont des prénotions, ou des préjugés qui, non conscients, entravent la constitution de la connaissance. Le premier obstacle identifié par Bachelard est « l'expérience première »<sup>126</sup>.

Cela conduit ainsi, dans le cadre des sciences du droit, tant Michel Miaille qu'Alexandre Viala à poser l'empirisme – selon lequel toute connaissance est tirée de l'expérience – comme obstacle épistémologique. Pour ces auteurs, en effet, « l'expérience vient confirmer la réflexion, elle n'en est jamais le point de départ »<sup>127</sup>. Ils rejettent également l'un et l'autre l'idéalisme comme obstacle épistémologique<sup>128</sup>. Adoptant une posture comparable, François Ost et Michel Van de Kerchove voient notamment dans les points de vue interne radical et externe radical deux obstacles opposés, deux approches réductrices du droit<sup>129</sup>. Michel Miaille considère également « l'indépendance de la science juridique » comme un obstacle, lequel « tient tout entier, exprimé et entretenu par les structures universitaires actuelles, dans la conception qu'une analyse isolée du droit est souhaitable, accompagnée il est vrai de quelques connaissances périphériques données par d'autres disciplines. (...) L'erreur réside en ceci qu'une telle perspective est nécessairement liée à une compréhension technologique du droit, donc à une définition empirico-descriptive de la science juridique »<sup>130</sup>.

Dans une approche, paradoxalement, plus dynamique, les obstacles épistémologiques

---

travaux y relatifs. Voir notam. M. Hartney, « Système juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., pp. 595-598 ; G. Timsit, « Système », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, pp. 1462-1465. Voir égal. les travaux de Niklas Luhmann ou de Gunter Teubner sur le droit comme système autopoïétique (notam. N. Luhmann, « Le droit comme système social », *Droit et Société*, n° 11-12, 1994, pp. 53-67 ; G. Teubner, *Le droit, système autopoïétique*, PUF, 1996).

124 G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, op. cit., p. 13 et s.

125 *Ibid.*, p. 13.

126 *Ibid.*, p. 23-54. Selon Bachelard, les observations scientifiques doivent être « volontairement détachées de l'expérience immédiate et même en polémique ouverte avec la réalité première » (*ibid.*, p. 8).

127 M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 42 ; A. Viala, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 137.

128 M. Mialle, op. cit., pp. 48-61 ; A. Viala, op. cit., pp. 140-171.

129 F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la 'bipolarité des erreurs' ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, 1988, p. 177-206 ; égal. des mêmes auteurs « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », op. cit. : « la position interne (...), à défaut d'objectivation critique, reproduit les dogmes de la pratique (...), et la position externe radicale (...), à défaut de prendre en compte les constructions des juristes, ne parvient pas à expliquer ni à interpréter ce qu'on entend communément par 'droit' ». Ce faisant, l'adoption d'une approche interdisciplinaire constitue une « rupture épistémologique » (F. Ost, « Science du droit », op. cit., p. 541).

130 M. Miaille, op. cit., p. 65. Écrites voici près de 40 ans, ces remarques résonnent d'une particulière actualité au regard des évolutions contemporaines des programmes académiques.

peuvent révéler une « stratégie de défense »<sup>131</sup> qu'une communauté scientifique met en place pour lutter contre l'émergence d'un paradigme concurrent en son sein ; seraient alors dressées des barricades ou des digues épistémologiques. Ces résistances peuvent être analysées comme le signe de l'émergence d'une crise dans la science<sup>132</sup>. Ainsi, la formulation d'hypothèses *ad hoc* et la création de modèles *sui generis*, peuvent exprimer autant de tentatives visant à « rendre compte des anomalies sans pour autant remettre en cause la théorie elle-même »<sup>133</sup>. La condamnation de certains phénomènes comme étant des pathologies du système (le gouvernement des juges, le droit mou<sup>134</sup> par exemple), que l'on maintient donc partiellement hors du schème explicatif, peut également être un obstacle empêchant de prendre la mesure des évolutions en cours. Des paradigmes concurrents et incommensurables<sup>135</sup> coexistent donc.

Lorsque ces pathologies et anomalies apparaissent avec trop de régularité, la remise en cause du paradigme devient inévitable pour la communauté scientifique<sup>136</sup>, laquelle formule ainsi « un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien, susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent »<sup>137</sup>.

4. Les changements et glissements paradigmatiques peuvent, en effet, constituer des solutions de dépassement ou de contournement des obstacles épistémologiques ; mais ils n'ont pas cette seule fonction.

Un glissement paradigmatique se produit lorsqu'un « autre cadre de pertinence que le cadre initial va être utilisé, implicitement ou explicitement, comme opérateur analogique de glissement ou de rupture »<sup>138</sup>. Tel est notamment le cas dans l'hypothèse d'une ouverture du champ disciplinaire, les instruments d'investigation et d'analyse évoluant du fait de l'interdisciplinarité<sup>139</sup>. L'anthropologie juridique, la sémiotique juridique sont ainsi quelques unes des disciplines « hybrides » qui ont adopté et adapté une pluralité de cadres de pertinence.

Le glissement peut également se produire par « migration » d'un paradigme ou d'un modèle d'une discipline vers une autre. Il ne s'agit pas, ce faisant, « d'améliorer » la connaissance scientifique, mais de transformer le regard, donc la connaissance produite. Ainsi, l'adoption du paradigme (au sens large) du « jeu » par la pensée juridique permettrait

---

131 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 16.

132 T. Kuhn, op. cit., p. 83-113.

133 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 16.

134 Droit souple dont le Conseil d'État français a longtemps rejeté l'existence et la pertinence, avant d'en assurer la reconnaissance officielle dans son étude de 2013, intitulé « *Le droit souple* ».

135 T. Kuhn, op. cit., p. 148.

136 « L'analyse nouvelle ne parviendra à surmonter la crise longtemps escamotée qu'au moment où la collectivité se trouvera dans un état culturel propice » (C. Atias, op. cit., p. 114).

137 F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, op. cit., p. 17.

138 J.-M. Berthelot, « Les sciences du social », op. cit., p. 226.

139 F. Ost, « Science du droit », op. cit., p. 544.

de « mettre en tension », de faire interagir<sup>140</sup> tous les obstacles « bipolaires »<sup>141</sup> qui se déploient dans le champ juridique : jusnaturalisme et positivisme, normativisme et réalisme, monisme et pluralisme par exemples, autant de paradigmes dont la concurrence constante serait révélatrice d'une crise permanente de la pensée juridique. Le « modèle ludique des paradoxes »<sup>142</sup> permettrait de théoriser la constance de cette crise. L'adoption, notamment en droit international, du paradigme de la « reconnaissance », importé de la philosophie morale et politique d'Axel Honneth ou Nancy Fraser relève également des glissements paradigmatiques<sup>143</sup>. De même que le paradigme de l'« agir communicationnel » de Jürgen Habermas. Enfin, on peut souligner que le développement des études post-coloniales, des études féministes ou sur le genre est déjà et sera encore davantage à l'avenir l'occasion pour les sciences du droit d'intégrer de nouveaux paradigmes.

L'on constate toutefois qu'entre la fécondité scientifique et l'effet de mode, la voie est relativement étroite pour les transferts de modèles. Il faut, en outre, garder à l'esprit qu'un paradigme construit dans une discipline est porteur des valeurs de cette communauté scientifique ; or ces valeurs peuvent n'être pas « transposables » dans une autre communauté. Néanmoins, ces glissements paradigmatiques « engendr[ent] un regard nouveau, suscit[ent] une distance réflexive »<sup>144</sup> qui invitent les chercheurs à un opportun décentrement épistémologique<sup>145</sup>.

### c. L'écriture de la science du droit : entre récit et modèle

Depuis quelques années, un débat anime les sciences sociales quant aux pratiques de formalisation de leurs résultats, selon qu'il est opté pour la mise en modèle ou la mise en récit, au premier étant « classiquement associé une capacité de formalisation et de systématisation supérieure à partir de laquelle on infère à la fois un potentiel théorique accru et de meilleures performances cognitives »<sup>146</sup>. Le choix entre l'une et l'autre formes d'énonciation ne résulte donc pas « d'un choix stylistique ou esthétique, mais bien d'un choix cognitif »<sup>147</sup>. Bien que

140 F. Ost et M. Van de Kerchove, « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », *op.cit.* ; des mêmes auteurs, *Le jeu, un paradigme pour le droit*, LGDJ, 1992.

141 « [D]'une manière générale, les obstacles à la culture scientifique se présentent toujours par paires. C'est au point qu'on pourrait parler d'une loi psychologique de la bipolarité des erreurs. Dès qu'une difficulté se révèle importante, on peut être sûr qu'en la tournant, on butera sur un obstacle opposé » (G. Bachelard, *op. cit.*, p. 20).

142 F. Ost et M. Van de Kerchove, « L'idée de jeu peut-elle prétendre au titre de paradigme de la science juridique ? », *op. cit.*

143 Voir notam. E. Tourme-Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Pedone, 2011 ; A. Geslin, « De l'entre-soi à l'entre-autre(s). Enjeux et ambiguïtés de la reconnaissance internationale des droits des peuples autochtones », in H. Muir Watt et E. Tourme-Jouannet (dir.), *Droit international et reconnaissance*, Pedone, à paraître 2015.

144 J.-M. Berthelot, *op. cit.*, p. 227.

145 « Les concepts voyagent et il vaut mieux qu'ils voyagent en sachant qu'ils voyagent. Il vaut mieux qu'ils ne voyagent pas clandestinement. Il est bon aussi qu'ils voyagent sans être détectés par les douaniers ! En fait, la circulation clandestine des concepts a quand même permis aux disciplines de se désasphyxier, de se désembouteiller » (E. Morin, « Épistémologie de la complexité », *op. cit.*, p. 154).

146 J. Revel, « Les sciences historiques », in J.-M. Berthelot (dir.), *Épistémologie des sciences sociales*, *op. cit.*, p. 68. ; voir égal. J.-C. Gardin, « Modèles et Récit », in J.-M. Berthelot (dir.), *op. cit.*, pp. 407-454.

147 J. Revel, *op. cit.*, p. 71.



peu présent dans les sciences juridiques, ce débat transparaît néanmoins, à tout le moins implicitement, dans les modalités de rédaction choisies par les chercheurs, où l'on constate, à l'image des autres sciences du social, un renforcement de la place du modèle. À noter que ce débat ne recoupe que partiellement l'opposition déjà évoquée entre dogmatique juridique – qui reposerait davantage sur le récit – et science-théorie du droit – qui reposerait sur le modèle –, l'enjeu étant, en effet, de savoir ce que l'on entend par modèle. Là encore, il ne s'agira pas de mener une réflexion achevée sur le sujet, mais de poser quelques jalons<sup>148</sup>.

1. Entendu au sens générique, un modèle théorique est une « description simplifiée d'un objet ou d'un processus, soit dans la forme quantitative des équations mathématiques, soit sans quantification »<sup>149</sup>. L'usage du langage quantitatif ou mathématique renvoie à la notion de modèle au sens strict ; le recours au langage non quantitatif, ou « naturel » permet quant à lui la formulation d'un modèle au sens large, à savoir une « théorie ». Dans les deux cas néanmoins, il y a « idéalisation d'objet, laquelle laisse de côté les caractéristiques qui ne sont pas significatives selon le niveau d'abstraction admis »<sup>150</sup>. Alexandre Viala souligne que « [t]out l'intérêt d'une démarche véritablement scientifique repose (...) sur la construction d'un modèle abstrait d'explication, sur l'échafaudage d'une hypothèse à laquelle, ensuite, il convient de confronter les résultats de l'expérience »<sup>151</sup>. Ce faisant, toute théorie du droit est un modèle, en ce qu'elle est une représentation, simplifiée, du « monde » du droit, permettant de « construire au-delà de la pure réitération des discours normatifs, des catégories générales (...) de classer, de repérer et de comprendre le chaos de ces énoncés à prétention normative afin d'y déceler des invariants communs et universalisables »<sup>152</sup>.

Si la modélisation est pratique courante dans les recherches de droit comparé<sup>153</sup> (la notion d'idéal-type de Weber étant souvent mobilisée), la réflexion sur les modèles se trouve vivifiée, d'une part, par une tendance accrue à la mathématisation du « réel » social, et d'autre part, par le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Il existe ainsi diverses formes de modalisation, « faibles » ou « fortes »<sup>154</sup>, répondant à des objectifs différents. Les modélisations faibles sont de deux ordres : soit une « description de faits empiriques » dont la « fonction est d'ordre documentaire, sans

---

148 Le lecteur pourra se reporter aux diverses références doctrinales mentionnées, en notes ou en bibliographie.

149 J. Wróblewski, « Modèle », in A.-J. Arnaud (dir), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 378. Sont donc exclus du champ d'analyse, les modèles sémantiques et les modèles normatifs.

150 *Ibidem*.

151 A. Viala, op. cit., p. 137.

152 *Ibid.*, p. 19.

153 La mise en modèle relève d'une démarche relativement classique – que l'on pense à la distinction entre « modèle présidentiel » / « modèle parlementaire », « État fédéral » / « État unitaire », les « modèles » de contrôle de constitutionnalité, « modèle accusatoire » / « modèle inquisitoire » etc. – ces modèles pouvant être de nature explicative ou expositive (voir notam. G. Tusseau, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif du contentieux constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 13, déc. 2014 [en ligne : <http://www.juspoliticum.com/-La-revue-.html>]). Peut ainsi être menée une réflexion sur la « circulation des modèles normatifs » (thème, notamment, d'un colloque tenu à Grenoble le 25 septembre 2014 [en ligne : <http://edsj.upmf-grenoble.fr/colloque-2014-la-circulation-des-modeles-normatifs—216909.htm>]).

154 Taxinomie empruntée à J.-C. Gardin, op. cit., pp. 410-412.

prétention théorique »<sup>155</sup> ou interprétatif ; soit un « effort de systématisation dans la collecte et la formulation des données »<sup>156</sup>, servant de base à une interprétation qui sera, quant à elle, formulée en langage « naturel ». Le projet de développement de la « jurématique » semble relever de cette dernière forme de modélisation, l'objectif étant de collecter des « unités d'information juridique », qualifiées de *jurèmes*, puis « de créer un système d'information juridique relatif à l'objet d'étude, grâce à un logiciel de création et de gestion de bases de données relationnelles. Ces données [étant] ensuite traitées, notamment à l'aide d'outils statistiques relevant de l'analyse des données »<sup>157</sup>.

Les modélisations fortes « ont pour caractéristique principale la part prépondérante d'un outillage logico-mathématique dans le déroulement de la construction, au lieu ou en complément du raisonnement naturel »<sup>158</sup>. Familières en économie – économétrie –, en sociologie – sociométrie – ou en psychologie – psychométrie –, il faut admettre que ces formes de modélisations demeurent, dans leur dimension strictement mathématique, extrêmement restreintes en sciences du droit<sup>159</sup>. Les juristes recourent, en revanche, beaucoup plus fréquemment à un second type de modélisation, logique, que sont les graphiques et schémas, qui se présentent sous des diverses formes d'une plus ou moins grande technicité et complexité<sup>160</sup>.

L'usage du modèle en sciences juridiques ne va pas sans soulever quelques contestations. Sur le plan heuristique, d'une part, en ce que l'élaboration d'un modèle conduit inévitablement à exclure un certain nombre de données, considérées comme non significatives, car accidentelles ; or, dans certaines situations complexes, « la frontière de l'« accidentel » [est] difficile à tracer »<sup>161</sup>. Cette critique, pour importante qu'elle soit ne doit cependant pas sonner

---

155 *Ibid.*, p. 411 et 410.

156 *Ibid.*, p. 411.

157 S. Schott, *Modéliser les droits constitutionnels. Pour une épistémologie juridique appliquée* [en ligne : <http://www.jurematique.fr>].

158 J.-C. Gardin, *op. cit.*, p. 411.

159 Voir néanmoins A. Amaya, « Formal models of coherence and legal epistemology », *Artificial Intelligence and Law*, 2007, pp. 429-447. La criminologie fait également grand usage des modèles mathématiques, mais, bien que ses liens avec le droit pénal soient nombreux, son rattachement aux sciences juridiques fait encore largement débat. Si la « juridométrie » n'a pas encore vu le jour en tant que discipline, on constate l'émergence récente de recherches en « *legal metrics* ». On notera ainsi la création, en 2012, du *Journal of Legal Metrics*, dont l'objectif « *is to solicit and publish the efforts of scholars whose work demonstrates the explanatory power of numbers and statistics in the legal context* » (<http://www.journaloflegalmetrics.org/>).

160 Peuvent être notamment cités : le modèle de la « force normative » (in C. Thibierge (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009, pp. 840-846) ; la « modélisation du processus de décision complexe » (in A.-J. Arnaud, « Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche », *Les Cahiers du CIRESS*, Toulouse, NS, n° 2, déc. 1996, pp. 61 [en ligne : [www.reds.msh-paris.fr](http://www.reds.msh-paris.fr)]) ; le « modèle tétraédrique de l'analyse discursive du contrat » (in A. Bélanger et A. van Drom, « Les apports de la linguistique à la théorie des contrats : la polyphonie du contrat, trace discursive d'une recontextualisation sociale », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, n° 3, 2012, p. 632), ou, plus largement, les travaux de Serge Diebolt (notam. *Le droit en mouvement. Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridique*, Thèse, Univ. Paris X Nanterre, 2000 ; *L'évolution rétroactive des concepts juridiques*, 1994 [en ligne : [reds.msh-paris.fr](http://www.reds.msh-paris.fr)] ; « Droit et sociétés, essai de modélisation d'un régulateur émergent », *Les Cahiers du CIRESS*, Toulouse, NS, n° 2, déc. 1996, pp. 75-93 [en ligne : [www.reds.msh-paris.fr](http://www.reds.msh-paris.fr)]).

161 C. M. Herrera, « Propos introductifs. Du modèle à la modélisation », *Modèles et modélisation en droit constitutionnel. Approches classiques, nouvelles pratiques*, *Politeia*, n° 26, déc. 2014, p. 110. Sur ce débat, voir J.-C. Gardin, *op. cit.*, pp. 418-420.

le glas des modèles, en ce que les travaux de Jean-Louis Le Moigne ou d'André-Jean Arnaud notamment ont démontré la possibilité de modéliser les systèmes complexes<sup>162</sup>. Plus dirimante est, en revanche, la critique d'ordre culturel, qui prend corps dans le champ du droit comparé, mais également dans celui de l'anthropologie juridique, renvoyant à la question « plus large sur ce que 'comparer' veut dire, ou plus exactement, sur ce qu'on peut comparer »<sup>163</sup>. Le risque de passer « du modèle au bon modèle »<sup>164</sup> est à craindre, passant ainsi de la démarche scientifique à la démarche normative, (en tant que prescriptive). Aussi s'avère-t-il indispensable de garder à l'esprit qu'il existe des « intraduisibles » et des « incomparables ».

2. La mise en récit, ou narrativité, qui demeure la forme la plus courante de l'expression des sciences du droit, recouvre, en sciences sociales, une très grande diversité de constructions. Contrairement à ce que peut laisser entendre l'emploi de l'expression « langue naturelle », les récits scientifiques, notamment juridiques, mobilisent des termes dont les acceptions sont spécifiques au champ de recherche. « Le savoir juridique ne s'exprime pas dans un vocabulaire unifié. Une part vient des dispositions légales et réglementaires et une autre part du langage commun. Des emprunts sont inévitables au langage technique ou scientifique. Pour une dernière part, le vocabulaire est propre au savoir juridique »<sup>165</sup>. Les descriptions des objets d'études servent de support aux constructions théoriques selon des enchaînements visant à répondre à une hypothèse ou problématique élaborée initialement après énonciation des méthodes mises en œuvre.

Si le récit scientifique se distingue relativement clairement du récit de fiction romanesque, la frontière n'est pas à ce point stricte, en raison notamment d'une propension relativement marquée des chercheurs en droit à faire usage des métaphores. Ainsi que le rappelle Gérard Timsit<sup>166</sup>, la métaphore peut jouer deux rôles : d'une part, celui de « figure », mettant l'accent sur « l'analogie, la comparabilité des institutions, instances, situations ou procédures en présence. (...) [elle] joue son rôle classique de transfert, de transport »<sup>167</sup> ; d'autre part, celui de « structure », la métaphore « perd son aspect un peu superficiel de mise en évidence d'une ressemblance approchée pour acquérir une autre dimension – celle de la mise à jour d'un ordre interne jusqu'alors caché »<sup>168</sup>. Dans cette seconde hypothèse, « la métaphore (...) est la théorie »<sup>169</sup>.

Les métaphores sont légion en droit, que l'on pense à la « pyramide », au « réseau »<sup>170</sup>, à

---

162 Voir notam. J.-L. Le Moigne, *La modélisation des systèmes complexes*, Dunod, 1990 ; A.-J. Arnaud, « Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche », *op. cit.*

163 C. M. Herrera, *op. cit.*, p. 110.

164 *Ibid.*, p. 111.

165 C. Atias, *op. cit.*, p. 89.

166 « La métaphore dans le discours juridique », *RESS*, vol. XXXVIII, n° 117, 2000, pp. 83-94.

167 *Ibid.*, p. 84.

168 *Ibidem.*

169 *Ibid.*, p. 87.

170 À la fois, tout comme la pyramide, métaphore et paradigme (voir D. Bernard, *Trois propositions pour une théorie du droit international pénal*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2014, pp. 58-85).

la « chaîne du droit »<sup>171</sup>, à la « rhapsodie »<sup>172</sup>, au « palimpseste »<sup>173</sup>, à la « bande de Möbius »<sup>174</sup>, au juge Jupiter, Hercule ou Hermès<sup>175</sup>, ou, plus classiquement, au juge « bouche qui prononce les paroles de la loi » (Montesquieu), ou au « bras de la justice » (Voltaire), etc. Leur usage, notamment lorsqu'il s'agit de métaphores-figures, n'est pas exempt de critiques, lesquelles sont proches de celles formulées à l'encontre des modèles, à savoir le caractère réducteur, voire déformant de la réalité prétendument décrite<sup>176</sup>.

Pour conclure sur ce point, on peut noter que les deux pôles de formalisation des résultats scientifiques – modèle et récit – se rejoignent le plus souvent : « les versions faibles de la modélisation restent pour l'essentiel des textes narratifs, tandis que les récits les plus attentifs aux impératifs scientifiques sont à leur manière des modèles, même lorsque les mathématiques n'y tiennent aucune place. Le champ M/R se révèle ainsi soumis à une espèce de tectonique des plaques où chacun des deux mondes tend à recouvrir alternativement l'autre »<sup>177</sup>. L'enjeu de cette hybridation étant de renforcer, de part et d'autre, la valeur scientifique, la validité du raisonnement élaboré.

#### 4. LA MISE À L'ÉPREUVE DE LA CONNAISSANCE JURIDIQUE PRODUITE

En ce qu'elle prend corps au sein d'une communauté scientifique, la production de connaissance juridique – comme celle de toute connaissance scientifique – est une démarche sociale. Mais cela à plus d'un titre. La connaissance a, en effet, si ce n'est vocation, à tout le moins prétention, non seulement à circuler au sein de cette communauté, mais également à se projeter vers l'extérieur, que cet extérieur soit scientifique, étudiantin, praticien ou plus largement citoyen. On attend donc que cette connaissance soit communicable et « ait valeur pour autrui »<sup>178</sup>. Il faut, en d'autres termes « que, d'une certaine façon, elle soit juste, elle soit valide, elle soit vraie, elle soit justifiée, elle soit prouvée, elle soit corroborée, elle résiste à l'épreuve des faits et de la critique, etc. »<sup>179</sup>. Autant de critères de validité dont l'usage dépendra tout à la fois du champ épistémologique – « les » descriptivistes ou « les » constructivistes – et du champ disciplinaire dans lesquels la recherche s'inscrit. Ces critères

171 R. Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, n° 1, p. 51.

172 M. Vogliotti, « La rhapsodie : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine », *RIEJ*, n° 46, 2001, p. 156.

173 Voir notam. F. Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, 1999, pp. 82-86. L'image du palimpseste est fréquemment mobilisée pour parler de la Constitution (voir notam. M. Prélôt, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1978, n° 364 ; J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 28<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 1000).

174 M. Vogliotti, « La bande de Möbius : un modèle pour penser les rapports entre le fait et le droit », *RIEJ*, n° 38, 1997, pp. 103-172.

175 F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Éditions Esprit, 1991, pp. 241-272.

176 « Les métaphores des discours sur le droit ne sont en effet souvent destinées qu'à permettre à la théorie de ruser avec la condition nécessaire d'adéquation à la réalité » (G. Timsit, *op. cit.*, p. 85).

177 J.-C. Gardin, *op. cit.*, pp. 417-418.

178 J.-M. Berthelot, « Épistémologiquement correct », in A. Bonnaïfous et L. Roulleau-Berger (dir.), *Académiquement correct*, PUL, 2010, p. 24.

179 *Ibidem*.

ne renvoient toutefois qu'à une seule question, cœur de la démarche scientifique, interrogation majeure de l'épistémologie<sup>180</sup> : qu'est-ce qu'une connaissance scientifique valable ? Rebondissant sur les sciences du droit, cette question peut laisser le chercheur relativement perplexe : quelles sont les modalités permettant d'assurer que le savoir produit est valable ?

À cet égard, le constat formulé par Michel Miaille demeure pertinent : « Il est (...) curieux (...) que la science juridique soit pratiquement passée à côté de tout ce mouvement [épistémologique] et que, contrairement à d'autres disciplines, elle n'ait pas produit de réflexion sérieuse sur les conditions de sa propre validité »<sup>181</sup>. En effet, mis à part dans le cadre d'une réflexion méthodologique, la mise à l'épreuve de la connaissance produite est peu interrogée ; aussi faudra-t-il s'attacher à mettre en évidence quelques-unes des différentes modalités de validation mobilisées et/ou mobilisables.

#### **a. La mise à l'épreuve de la connaissance juridique : le retour méthodologique**

En amont, la mise en œuvre rigoureuse de la méthodologie choisie – ou imposée – s'avère une première garantie, en ce que cette méthode peut être perçue comme un cadre reconnu légitime par la communauté scientifique. L'insertion de la recherche dans cette matrice assure, à tout le moins *a priori*, une réception favorable des connaissances produites par le groupe.

La question peut alors être posée de savoir quelles sont les contraintes méthodologiques pesant sur le chercheur en sciences juridiques visant à assurer la validité de la connaissance. Sur ce plan, il faut bien admettre que les réponses de la « méthodologie juridique », telle qu'entendue en France à tout le moins, diffusée par les manuels et les enseignements des facultés, sont relativement parcellaires, en ce qu'elles renvoient, de façon générale, à la méthodologie de la dogmatique juridique ou à celle de la pratique du droit<sup>182</sup>. Cette dernière ne relevant pas d'une réflexion épistémologique, au sens retenu ici, la question est recentrée sur la dogmatique. Celle-ci étant « consacré[e] à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques »<sup>183</sup>, la méthodologie va notamment insister sur l'identification des sources du droit pertinentes, les modalités de leur interprétation (prenant appui sur le texte, le contexte, l'objet et le but, les éventuels travaux préparatoires, etc.) et leur articulation.

Cependant, l'interprétation juridique n'étant plus considérée comme une « science exacte » – le modèle pragmatique ayant « fait sauter le double verrou de l'unicité de la

---

180 « [L]es connaissances scientifiques, par opposition à d'autres formes de connaissance, sont (...) des connaissances *fondées et stables* sous un ensemble déterminé de conditions de signification et de contrôle. S'il en est bien ainsi, il est donc permis d'avancer que c'est la notion de vérification qui apparaît comme essentielle » (G.-G. Granger, *La vérification*, Odile Jacob, 1992, p. 11). Pour Foucault, une formation discursive passe du « seuil de positivité » au « seuil d'épistémologisation » « [l]orsque (...) un ensemble d'énoncés se découpe, prétend faire valoir (même sans y parvenir) des normes de vérification et de cohérence et qu'il exerce, à l'égard du savoir, une fonction dominante (de modèle, de critique ou de vérification) » (*L'archéologie du savoir*, NRF-Gallimard, 1969, pp. 243-244).

181 M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, op. cit., p. 35.

182 Ainsi que le souligne Jean-Louis Bergel, « [l]'objet essentiel de la méthodologie juridique paraît être, en assurant la 'praticabilité du droit', d'établir et d'appliquer des solutions de droit à des situations de faits », « Méthodologie juridique », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1023.

183 A. Aarnio, « Dogmatique juridique », in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 188.

signification et son corollaire, l'unité de la méthode légitime d'interprétation »<sup>184</sup> – la question du choix des énoncés produits sur le droit, et celle de leur validité, surgissent avec acuité. Au nom de quoi une interprétation sera-t-elle retenue comme valable, et d'autres écartées ? Ainsi que le précise Olivier Corten, « [u]ne manière de concilier l'incontestable subjectivité de l'interprétation et l'objectivité indispensable du raisonnement scientifique renvoie dès lors à la nécessité de motiver aussi rationnellement que possible l'interprétation qui a été choisie. (...) Ce choix ne peut certainement pas être dicté par la science, tant il met en jeu une évaluation personnelle. La méthode ouvrira en revanche la possibilité d'un débat scientifique, dans la mesure où elle offrira des critères aptes à justifier son choix, critères qui pourront donner lieu à vérification ou à contestation dans le chef des membres de la communauté scientifique »<sup>185</sup>.

Hors du cadre de la dogmatique juridique, que ce soit en théorie, en histoire, en sociologie ou en anthropologie du droit par exemple, la méthodologie joue également un rôle important dans le processus de validation de la connaissance produite. Elle va, en effet, poser un cadre pour la construction du sujet de recherche<sup>186</sup> : délimitation de l'objet, sélection des outils théoriques mobilisables – variant selon les disciplines, les écoles et les courants épistémologiques –, élaboration d'une hypothèse, détermination des matériaux pertinents – instruments juridiques, discours, archives, entretiens sociologiques ou ethnographiques, etc. –. La méthodologie fixe également des règles relatives au traitement du sujet de recherche, le raisonnement devant être construit de façon cohérente (principe de non-contradiction et interdépendance des propositions formulées). Cette exigence de cohérence est, en sciences du droit, renforcée par le postulat selon lequel le système juridique lui-même est cohérent. Partant, « [l]es propositions qui introduisent la contradiction ont toutes chances d'être rejetées comme telles : elles ne peuvent être le reflet du droit »<sup>187</sup>. La démonstration doit, en outre, mobiliser alternativement « arguments de raison » et « arguments d'autorité »<sup>188</sup>, ces derniers traduisant non seulement l'idée d'un savoir cumulatif, mais aussi un retour de la recherche vers la communauté scientifique de « référence ». Cela s'accompagne de la nécessité de citer les sources mobilisées. Olivier Corten en conclut que « la confection des notes de bas de pages (...) amène à vérifier la rigueur et la justesse du propos »<sup>189</sup>.

L'on constate ainsi que la validation se réalise par un jeu de successifs allers-retours et d'influences réciproques entre communauté scientifique, matrice disciplinaire, chercheur et connaissance élaborée.

## **b. Les boucles de la mise à l'épreuve : vigilance épistémologique, auto-référence, falsifiabilité, controverses**

La validation ou mise à l'épreuve n'est pas un processus linéaire et univoque ; elle peut

---

184 B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2011, p. 599.

185 O. Corten, *Méthodologie du droit international public*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 216.

186 *Ibid.*, pp. 101-118.

187 C. Atias, *op. cit.*, p. 197.

188 O. Corten, *op. cit.*, p. 128.

189 *Ibid.*, p. 134.

encore moins être assignée à un instant précis de l'élaboration de la connaissance. Elle prend au contraire la forme d'une série complexe de boucles dans laquelle la connaissance, tout au long du cycle d'émergence, en amont, en aval et au cours de l'élaboration, est constamment « projetée » par le chercheur contre la matrice, discutée, vérifiée par les pairs, modifiée, réévaluée, sur un mode qui associe introspection, dialogue et multilogue.

1. La vigilance épistémologique<sup>190</sup> à laquelle tout chercheur s'astreint le conduit à confronter sa recherche non seulement à « l'idée de vérité »<sup>191</sup>, mais également, de façon plus affective et existentielle, au « sentiment de vérité »<sup>192</sup>. Idée et sentiment de vérité prennent notamment racine dans « ce surmoi que des parents et des éducateurs bien intentionnés ont développé »<sup>193</sup>. Ils permettent un travail intérieur de mise à distance épistémologique, de déceler, dans l'analyse, les points faibles, discutables, les « chevilles » dont on use pour faire tenir ensemble des éléments hétérogènes. Cette introspection n'est cependant pas référence à soi seul car le « soi » du chercheur est enserré dans le réseau que forme la communauté scientifique dont il est membre : « on n'est jamais tout seuls à penser, à écrire. (...) il y a toujours l'Autre (au moins un autre) qui pense à ma place, en moi, avec moi »<sup>194</sup>.

2. L'enserrement du chercheur dans un cadre disciplinaire précis implique, ainsi qu'il a été vu, la nécessité de mettre en place un système de référencement, de prendre appui sur l'état de l'art existant dans le domaine considéré, en d'autres termes sur des références « reconnues comme légitimes dans l'état actuel du raisonnement et des pratiques juridiques »<sup>195</sup>. On pourrait ainsi parler d'auto-référencement comme pratique de justification de la connaissance. Cette auto-référence joue à un double niveau : au niveau du discours *du* droit, d'une part, par renvoi aux textes législatifs, réglementaires, conventionnels, coutumiers, jurisprudentiels, etc. ; au niveau du discours *sur le* droit, d'autre part, par renvoi à la doctrine dogmatique, théorique, historique, philosophique, sociologique, politique, etc.

Plusieurs interrogations peuvent alors être soulevées. Dans un premier temps, la question peut-être posée de savoir si une affirmation ne renvoyant à aucune référence serait de ce fait invalide et dégradée du rang de connaissance scientifique. La réponse est bien évidemment négative ; cependant, en tant qu'elle sera plus difficilement vérifiable, l'affirmation en cause suscitera plus difficilement l'adhésion des autres membres de la communauté scientifique.

Dans un deuxième temps, on peut soulever la question de savoir si cette procédure de justification et de vérification, lorsqu'elle prend appui sur le discours du droit, conduit à

---

190 Voir notam. P. Bourdieu, J.-C. Chamboredon, J.-C. Passeron, *Le métier de sociologue. Préalables épistémologiques*, Éditions EHESS, 2006 (1968) ; J.-M. Berthelot, « Épistémologiquement correct », *op. cit.*, p. 24.

191 Entendue comme « résolution de l'alternative vrai/faux » (E. Morin, *La méthode*, 3. *La connaissance de la connaissance*, *op. cit.*, p. 131).

192 *Ibid.*

193 J.-M. Berthelot, *op. cit.*, p. 24.

194 E. Grossman, *L'angoisse de penser*, Les Éditions de Minuit, 2008, p. 33.

195 B. Frydmann, *op. cit.*, p. 607

inscrire la connaissance produite dans l'ordre du vrai et du faux<sup>196</sup>. « Le droit » est-il la pierre de touche du savoir sur le droit ? En d'autres termes, une interprétation<sup>197</sup> que l'on confronte au droit positif, notamment tel que formulé par la jurisprudence, sera-t-elle dite « objectivement vraie » parce qu'en conformité avec ce droit, ou « objectivement fausse » parce qu'en désaccord avec lui ? C'est que semble suggérer Pierre Moor, lorsqu'il affirme que « le juge a en monopole la compétence d'un dire définitif sur ce qui est vrai. (...) La vérité est par conséquent dans le dire du juge »<sup>198</sup>. Ce faisant, tant que le juge ne s'est pas prononcé, toute proposition sur le droit serait susceptible d'être vraie ou fausse. Si tant est que l'on élargisse le propos au droit dans son ensemble, et non le seul dire du juge, la conclusion ne sera guère différente, à raison notamment de divers niveaux d'indétermination : indétermination des composantes du droit positif, indétermination des règles de droit<sup>199</sup>. Ainsi, « qui est en mesure de garantir que telle proposition est insoutenable ? »<sup>200</sup>.

Serait-on plus assuré, en termes de vrai et de faux, par le référencement de la doctrine ? Pas plus, si cette doctrine citée prend également appui sur le droit positif. On se retrouve confronté, par ricochet, au même problème. Sauf à poser le postulat, pragmatique, qu'une affirmation doctrinale sera tenue pour vraie lorsqu'elle rencontrera l'assentiment de tous les chercheurs (cf *infra*). Elle constituerait alors une connaissance « fondée et stable »<sup>201</sup>, sur laquelle établir les recherches ultérieures.

Si l'auto-référence peut ainsi servir d'appui à la vérification, elle n'est nullement, à elle seule, une garantie de validité de la connaissance produite.

3. L'expérience serait-elle, en sciences du droit, une modalité de « vérification » et de validation ? C'est ce que, s'inscrivant dans une perspective popperienne, soutient Alexandre Viala pour la théorie du droit : « [t]out l'intérêt d'une démarche véritablement scientifique repose (...) sur la construction d'un modèle abstrait d'explication, sur l'échafaudage d'une hypothèse à laquelle, ensuite, il convient de confronter les résultats de l'expérience. (...) L'expérience est destinée à confirmer – ou infirmer – l'hypothèse ; elle intervient en aval de la réflexion. Autrement dit, l'attitude épistémologique idéale (...) consiste à construire une théorie du droit, quitte ensuite à prendre le risque d'un désaveu de l'expérience. L'acceptation d'un tel risque réside dans l'élaboration d'un test de falsifiabilité »<sup>202</sup>.

Le test de falsifiabilité, élaboré par Popper, a pour objet de chercher à réfuter une

---

196 Sur le débat philosophique relatif à la vérité, voir notam. A. de Muralt, « Y a-t-il un critère de la vérité ? », in M. Buscaglia et a., *Les critères de vérité dans la recherche scientifique*, Maloine SA, 1983, pp. 41-46 ; P. Jorion, *Comment la vérité et la réalité furent inventées*, NRF-Gallimard, 2009.

197 N'entre pas ici dans le champ de la discussion ce que l'on pourrait qualifier d'erreurs « matérielles » (affirmer, par exemple, que tel traité est opposable à un État alors même que cet État n'y est pas partie).

198 P. Moor, « Savoir juridiques et savoirs sur le droit », *op. cit.*, p. 16. Discuter de ces affirmations nécessiterait de longs développements qui ne peuvent trouver d'espace suffisant dans le cadre de cette contribution.

199 Voir notam. M. Koskeniemi, « Entre Utopie et Apologie : la politique du droit international », in *La politique du droit international*, Pedone, 2007, pp. 51-96 ; P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *RDP*, 1991, pp. 1199-1216.

200 C. Atias, *op. cit.*, p. 225.

201 G.-G. Granger, *La vérification*, *op. cit.*, p. 11.

202 A. Viala, *op. cit.*, p. 137.



théorie. S'il y parvient, la théorie doit être modifiée ou abandonnée ; s'il n'y parvient pas, il faut tenir la théorie, non pas pour vérifiée, mais comme étant corroborée. Le critère central est donc la confrontation de la théorie à la « réalité », comme permettant de mettre en évidence les erreurs, et non la vérité<sup>203</sup>. Autrement dit, l'expérience – expérimentation serait probablement plus juste – ne permet jamais de confirmer une théorie, seulement établir qu'elle est fausse. Le chercheur a ainsi l'obligation d'élaborer ce test de falsifiabilité et d'y soumettre sa théorie. La question est alors posée de savoir à quelle « réalité » confronter la théorie du droit ? Quel modèle expérimental instaurer ? Quels seraient les « faits » susceptibles de falsifier la théorie ? Autant de questions dont la réponse dépendra de la construction de l'objet de recherche.

4. La logique argumentative, plus que démonstrative, dans laquelle s'inscrivent les sciences du droit, la diversité des théories du droit, la concurrence des paradigmes, conduisent à envisager une autre perspective de justification et de validation de la connaissance : la controverse. Celle-ci peut-être perçue sous deux angles : soit celui de la « discussion argumentée et contradictoire », soit celui du « conflit » – sens généralement retenu par la sociologie des sciences –. Ces deux angles de vue sont complémentaires, en ce que les résultats de la controverse-discussion peuvent trouver explication par l'analyse de l'émergence et de la résolution – au sens fort – de la controverse-conflit.

Dans sa première acception, la controverse prendra notamment corps lors d'une soutenance de thèse, dans le cadre d'un comité de rédaction de revue, ou, sur le plus long terme, par la reprise et la discussion des arguments des uns et des autres au fil des générations successives de chercheurs. La crédibilité, la cohérence, la fécondité des hypothèses formulées<sup>204</sup> seront autant d'indices ou de « preuves » avancés en soutien de la validité de telle ou telle théorie. Il faut également souligner que toute prétention à sortir, ne serait-ce que ponctuellement, du cadre matriciel de référence impliquera de la part du chercheur un surcroît de justification ; c'est en ce sens que les sciences du droit revendiquant une approche pluridisciplinaire ou interdisciplinaire seront généralement soumises à un feu plus nourri de discussions et de contradictions. Au final, et dans une perspective pragmatique, « une interprétation ne sera reconnue comme valide qu'autant qu'elle tendra à obtenir le consentement éclairé de la communauté idéale des chercheurs »<sup>205</sup>. Ainsi que le soutenait Peirce « *[t]he opinion which is fated to the ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real* »<sup>206</sup>.

La perspective conflictuelle de la controverse va notamment insister sur les rapports de force institutionnels, politiques, financiers, la maîtrise des moyens de communication et de

---

203 « La science n'est pas un système d'énoncés certains ou bien établis, non plus qu'un système progressant régulièrement vers un état final. Notre science (...) ne peut jamais prétendre avoir atteint la vérité ni même l'un de ses substituts, telle la probabilité. Nous ne savons pas, nous ne pouvons que conjecturer » (K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, op. cit., p. 284).

204 Ainsi que le précise G.-G. Granger, la valeur d'une connaissance, sa vérité, « réside dans le succès des actions qu'elle permet de projeter et d'accomplir » (*La vérification*, op.cit., p. 10).

205 B. Frydman, op. cit., p. 604.

206 C.S. Peirce, 5.407, *Collected Papers*, vol. 5, Harvard University Press, 1974, p. 268.

diffusion de la recherche, etc. Autant d'éléments, intrinsèquement liés, qui peuvent expliquer pourquoi une théorie emportera la conviction de la communauté scientifique contrairement à une autre. Cette question rejoint pour partie celle évoquée précédemment relative aux déterminants de l'activité cognitive<sup>207</sup>. Ainsi, l'analyse sociologiques des controverses « fait apparaître avec plus de netteté les clivages qui travaill[ent] souterrainement la vie sociale du groupe »<sup>208</sup>. À cet égard, et pour ne prendre qu'un exemple, le jeu des compte-rendu d'ouvrages – compte-rendus réalisés ou, plus intéressant, ceux qui ne sont réalisés –, peut être analysé comme instrument de cristallisation des polémiques ou d'étouffement des positions adverses.

Mais au-delà de la perspective agonistique, la controverse présente une « dimension instituante (...) surtout par la mise en place de nouveaux dispositifs de preuve et de contrôle par les pairs »<sup>209</sup>. Cela explique pourquoi nombre de controverses se trouvent progressivement intégrées dans la matrice disciplinaire de la communauté concernée.

Ainsi, tout semble faire accroire que l'« institution » assure, d'une façon ou d'une autre, la garantie de la validité de la connaissance scientifique. « [N]e peut-on [alors] s'épargner une réflexion personnelle supplémentaire de pré- ou post-validation de l'énoncé que l'on produit ? »<sup>210</sup>

## 5. L'ÉPISTÉMOLOGIE DES SCIENCES DU DROIT ? POUR QUOI FAIRE ?

Venant de broser à très grands traits un tableau de l'épistémologie des sciences du droit, force est d'admettre que l'épistémologie ne *sert* à rien, mais qu'elle est une invitation à un arrêt réflexif, non seulement à titre individuel, mais également dans une perspective collective.

### a. L'épistémologie des sciences du droit ne *sert* à rien !

Pour provocatrice que soit cette assertion, après quelques dizaines de pages traitant d'épistémologie, elle n'en relève pas moins d'un double constat. Le premier, platement quantitatif prend notamment appui sur mon expérience de lectrice de thèses en droit : alors que la démarche méthodologique est pour ainsi dire toujours explicitée en introduction de ce travail de recherche, la posture épistémologique ne l'est, pour ainsi dire, jamais, à tout le moins pour les thèses soutenues en France<sup>211</sup>. L'épistémologie demeure implicite, pour le lecteur, et probablement également pour l'auteur. Cela tient probablement à la formation académique qui accorde très peu de place à la réflexion épistémologique des jeunes

---

207 Voir *supra*, 3. a.2.

208 C. Lemieux, « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Comment on se dispute. Les formes de la controverse*, *Mil neuf cent*, n° 25, 2007, p. 191. Christophe Prochasson emploie l'expression de « drame épistémologique » (« Les espaces de la controverse », *Comment on se dispute. Les formes de la controverse*, *op. cit.*, p. 141).

209 C. Lemieux, *op. cit.*, p. 207.

210 J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, *op. cit.*, p. 8.

211 Mes capacités de comparaison sont limitées. Il semble néanmoins que ma remarque ne vaille pas, dans sa généralité, pour les thèses en droit soutenues au Québec.

chercheurs en droit<sup>212</sup>, et – cause ou conséquence ? – à la faible représentation éditoriale des ouvrages d'épistémologie juridique, en regard des ouvrages de méthodologie.

Le second constat sur lequel l'affirmation selon laquelle l'épistémologie ne sert à rien prend appui, est formulé par Gilles-Gaston Granger : « l'épistémologie n'a pas *d'effets directs* sur l'avancement des sciences »<sup>213</sup>. C'est en ce sens qu'elle ne présente pas d'utilité immédiate pour le chercheur – d'autant plus dans une période où il faut que les résultats soient produits de plus en plus rapidement et à un rythme de plus en plus soutenu. Cette discipline ne serait donc pas « de son temps » dès lors que son principal intérêt, de nature tout à la fois philosophique et théorique, est d'inviter le chercheur à suspendre temporairement son activité de recherche pour « se regarder » chercher.

### **b. Se faire « un théâtre de sa propre pensée »<sup>214</sup>**

En ce que l'épistémologie analyse principalement les modalités de production de la connaissance, et non pas seulement le produit fini, elle assure au chercheur un accompagnement réflexif lui permettant une mise à distance critique, non pas avec son objet d'étude, mais plus généralement avec la démarche adoptée. En un certain sens, le chercheur sort de son rôle, pour devenir spectateur de la pièce dont il est à la fois metteur en scène et acteur, ou pour se faire ethnographe de lui-même, se rendre étranger à soi-même pour mieux se découvrir.

D'un point de vue pragmatique, l'épistémologie permet de « révéler » les postulats impliqués par les diverses approches du droit, de mettre à jour les préjugés, personnels et collectifs, que véhiculent la recherche en droit. Elle ouvre également la réflexion aux potentialités d'autres postures épistémologiques que celle à laquelle, institutionnellement – et implicitement – le chercheur se rallie. Cela ne va pas nécessairement sans inconvénient, en ce que le juriste, en mettant à jour, pour lui-même mais surtout à l'égard des autres – ses lecteurs – ses présupposés épistémologiques, expose l'entière ossature de son travail ; et accroît ainsi les risques de critiques. Il n'en demeure pas moins que « [l]'examen des différents termes du raisonnement, les contraintes que les juristes subissent, acceptent ou se donnent pourrait rendre plus clair le cheminement qui les conduit à rejeter telle solution, à consacrer telle autre. Ce serait sans doute la voie d'une libération »<sup>215</sup>.

### **c. L'explicitation épistémologique comme démarche de légitimation**

Sur le plan collectif, l'épistémologie des sciences du droit présente, à l'image de l'épistémologie en général, d'autres intérêts, en tant qu'elle est une démarche de légitimation tout à la fois scientifique et sociale.

#### **1. Dans une perspective interne à un champ scientifique donné, l'épistémologie peut**

---

212 L'on peut néanmoins constater, depuis quelques années, une augmentation du nombre d'écoles doctorales proposant, en France, un séminaire d'épistémologie juridique.

213 G.-G. Granger, « À quoi sert l'épistémologie ? », *Droit et société*, n°20-21, 1992, pp. 33.

214 J. Starobinski, cité par S. Curé-Maudroux et J. Rigoli, « À distance de loge », in J. Starobinski, *Les approches du sens*, op. cit., p. 365.

215 C. Atias, op. cit., p. 137.

être analysée comme un instrument de géopolitique. En effet, « l'épistémologie en sciences sociales ça sert d'abord à faire la guerre, se démarquer des adversaires, à conquérir une légitimité scientifique »<sup>216</sup>. Il en irait de l'existence même d'une science du droit, la recherche en droit n'étant généralement pas considérée, de l'extérieur – mais également de l'intérieur –, comme une science. Ainsi, l'ouvrage dirigé par Jean-Michel Berthelot, *Épistémologie des sciences sociales* exclut de son champ d'étude les sciences juridiques et les sciences politiques, et s'en explique ainsi : « les sciences juridiques et les sciences politiques font une part importante au jugement normatif et à ses fondements. Dans ces domaines, la perspective traditionnelle des sciences sociales – y compris quand elles y sont présentes – est différente : elles cherchent à expliquer les facteurs qui déterminent un univers normatif et à comprendre les raisons qu'ont les acteurs d'y adhérer »<sup>217</sup>. Les disciplines retenues dans l'ouvrage « semblent avoir en commun un élément central : elles sont toutes, dans leur espace propre, amenées à problématiser des formes d'interaction entre 'actants', quel que soit le nom qu'on leur donne (agents, acteurs, locuteurs, forces sociales, voire institutions...), le niveau d'analyse privilégié (celui des structures ou celui des processus) ou la forme explicative retenue (modélisation ou récit) »<sup>218</sup>. Si l'on raisonne *a contrario*, on peut soutenir que, de l'extérieur, les sciences du droit sont vue comme ayant pour seul objet la « normativité » et non pas des « interactions entre actants ». N'est-ce pas un peu rapidement écarter le fait que les juristes ont parfaitement conscience de la dualité du droit – juridique et social – et que nombre d'entre eux fondent leur objet de recherche sur cette dualité, et sur le jeu des différents « actants » ?

Mais la responsabilité de ce manque de reconnaissance des sciences du droit par les autres sciences du social en revient aux juristes eux-mêmes qui, collectivement, n'ont pas mené une réflexion épistémologique sérieuse. Or, cette absence a d'autres conséquences, en ce que « l'épistémologie, ça sert aussi en temps de paix pour s'orienter (ou se désorienter) dans la production de connaissances »<sup>219</sup>. Ainsi, faute de véritablement penser les conditions épistémologiques de validation de la connaissance produite par les chercheurs en droit, les sciences du droit entretiennent, à tout le moins implicitement, des rapports de forces institutionnels<sup>220</sup>.

2. Les non-dits épistémologiques des sciences du droit ont également, et plus largement, des conséquences en termes de légitimation sociale du savoir. Qu'il le veuille ou non, le choix et la construction d'un objet d'étude inscrit le chercheur dans une perspective sociale. En effet, « [l]a connaissance scientifique est une plus-value cognitive, une démarche consistant à 'dire' autre chose que ce que perçoit directement l'observateur »<sup>221</sup>. Or ce « dire » est une pratique sociale qui, pour les sciences du droit, agit à plusieurs niveaux. L'un, propre à tout

216 « La dure simplicité du positif », Éditorial, *L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales, Espaces Temps*, n° 84-86, 2004, p. 3.

217 J.-M. Berthelot, « Avant-propos », in J.-M. Berthelot (dir.), *Épistémologie des sciences sociales*, op. cit., p. 12.

218 *Ibidem*.

219 « La dure simplicité du positif », op. cit., p. 4.

220 Cf *supra*, point 4. b.4.

221 A. Viala, op. cit., p. 203.

champ disciplinaire, renvoie à l'enseignement de cette connaissance, dans un cadre scolaire ou universitaire. Il y a donc un enjeu de transmission – et de reproduction – du savoir. Sur un autre plan, les sciences du droit, comme certaines autres telles la biologie ou la chimie par exemple, ont également pour « destinataires » les praticiens<sup>222</sup>, et vont ainsi, même indirectement, influencer sur la perception qu'ont ces praticiens de la norme juridique. Enfin, et cela est plus spécifique aux sciences du droit qu'à d'autres disciplines, elles peuvent avoir, officiellement, une influence sur le droit positif. Ainsi, en contentieux international par exemple, la doctrine dispose du statut de « moyen auxiliaire de détermination de la règle de droit »<sup>223</sup>. Il en est de même en droit suisse, l'article 1<sup>er</sup> du Code civil précisant que « 2. À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. 3. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence ». L'interprétation scientifique sera donc susceptible d'être génératrice, inspiratrice, de nouveaux contenus normatifs<sup>224</sup>.

Les sciences du droit ayant à ce point partie liée avec le social, donc le politique, les citoyens ne sont-ils pas en droit d'attendre que les producteurs de ce savoir explicitent les motifs qui déterminent leurs recherches et aient le plus clairement possible conscience des effets qu'elles produisent ?

---

222 D'autant qu'il est très fréquent qu'un chercheur en droit soit également praticien (principalement avocat).

223 Article 38, § 1, d), Statut de la Cour internationale de Justice.

224 Voir J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, op. cit., p. 154.

## Bibliographie

- A. Aarnio, « Paradigms in Legal Dogmatics. Toward a Theory of Change and Progress in Legal Science », in A. Peczenik, L. Lindhal, B. van Roermund, *Theory of Legal Science*, D. Reidel Publishing Company, 1984, pp. 25-38.
- H. Abdelhamid, « Les paradigmes post-modernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », in G. Otis (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, 2012, pp. 135-182.
- A. Amaya, « Formal models of coherence and legal epistemology », *Artificial Intelligence and Law*, 2007, pp. 429-447.
- P. Amselek, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n° 6, 1987, pp. 131-141.
- A.-J. Arnaud, « Modélisation de la décision complexe en droit. Quelques pistes de recherche », *Les Cahiers du CIRESS*, Toulouse, NS, n°2, déc. 1996, pp. 53-74 [en ligne : [www.reds.msh-paris.fr](http://www.reds.msh-paris.fr)].
- C. Atias, *Epistémologie juridique*, Dalloz, Paris, 2002.
- C. Atias, « La controverse et l'enseignement de droit », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1985-2, pp. 107-121.
- J.M. Broeckman, « Changes of paradigm in law », in A. Peczenik, L. Lindhal, B. van Roermund, *Theory of Legal Science*, D. Reidel Publishing Company, 1984, pp. 133-144.
- J.-L. Chabot, *Introduction aux sciences sociales*, L'Harmattan, 2006.
- P. Dubouchet, *Droit et épistémologie. L'Organon du droit*, L'Harmattan, 2008.
- J. Favre, « Relativisme épistémologique et science du droit », *RIEJ*, 2003, n° 50.
- G. Ferréol (dir.), *Place et statut de la subjectivité dans les sciences sociales*, EME Éditions, 2014.
- F. Fruteau de Laclos, « Le sens commun pense-t-il. L'épistémologie, la raison, les normes », in C. Gautier, S. Laugier (dir.), *Normativités du sens commun*, PUF, 2009, pp. 233-255.
- G.-G. Granger, *La vérification*, Odile Jacob, 1992.
- *Sciences et réalité*, Odile Jacob, 2001.
- « A quoi sert l'épistémologie? », *Droit et Société*, 20/21, 1992, pp. 35-42.
- T. Guilbert, « Discours d'évidence. Constitution discursive des normes et des connaissances », in C. Gautier, S. Laugier (dir.), *Normativités du sens commun*, PUF, 2009, pp. 275-300.
- E. P. Haba, « Sciences du droit - quelle "science" ? Le droit en tant que science : une question de méthodes », *Archives de Philosophie du Droit*, 1991, t. 36, p. 165-187.
- G. Kalinowski, *Querelle de la science normative : une contribution à la théorie de la science*, LGDJ, 1969.
- V. Knapp, « Science juridique - philosophique », in J. HAVET (DIR.), *Tendances principales de*

- la recherche dans les sciences sociales et humaines*, Mouton/Unesco, Paris-La Haye-New York, 1978, pp. 967-1024.
- A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Quadrige, PUF, 2010.
- E. Landowski, « Vérité et vérité en droit », *Droit et Société*, 8-1988, pp. 47-63.
- D. Lecourt, *Pour une critique de l'épistémologie (Bachelard, Canguilhem, Foucault)*, F. Maspero, 1972.
- J.-L. Le Moigne, *Exercices citoyens de veille épistémologique en bonne intelligence de la complexité*, L'Harmattan, 2014.
- « Pourquoi je suis un constructiviste non repentant », *Revue du Mauss*, 2001, n° 17, pp. 197-223.
- M. Lieskiewicz, « Comparative Law Methodology, Legal Culture and Epistemology of Law », Australian Legal Philosophy Students Association, <http://www.alpsa.net>.
- M.-L. Mathieu, *Les représentations dans la pensée des juristes*, IRSJ éditions, 2014.
- M.-L. Mathieu-Izorche, « La pensée métaphorique », in *Apprendre à douter ; Études offertes à Claude Lombois*, PUL, 2004, pp. 113 et s.
- H. Mayrand, « L'apport mutuel entre constructivisme et théories critiques », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruylant, 2013, pp. 147-177.
- B. Melkevik, *Epistémologie juridique et déjà-droit*, Buenos Books International, 2014.
- M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, 1976, spé. pp. 31-118.
- B. Milard, « Les écrits scientifiques : des ressorts relationnels pour la recherche », *Sciences de la société*, 2013, n° 89, pp. 19-37.
- P. Moor, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », *Revue européenne des sciences sociales*, 2005, pp. 13-22.
- K.H. Neufeld, *Les fondements logiques de la pensée normative : Actes du colloque de logique déontique de Rome, les 29 et 30 avril 1983*, Gregorian Biblical BookShop, 1983.
- F. Ost, « Science du droit », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993, pp. 540-544.
- F. Ost et M. van de Kerchove, « Comment concevoir aujourd'hui la science du droit ? », *Déviance et société*, vol. 11, n° 2, 1987, pp. 189-193.
- « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », in F. Chazel et J. Comaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris, 1991, pp. 67-80.
- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.
- J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 4, 1959, p. 131
- E. Pattaro, « Vers une définition de la science juridique », *Revue de synthèse*, n°118-119, avril-septembre 1985, pp. 245-267.
- J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979.

- « Le droit peut-il être perçu dans l'ordre du vrai et du faux ? », in M. Buscaglia et a., *Les critères de vérité dans la recherche scientifique*, Maloine SA, 1983, pp. 118-136.
- « Épistémologie juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993, pp. 228-232.
- R. Ricci, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essais de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société*, vol. 50, 2002, pp. 151-183.
- P. Ricoeur, « Science et idéologie », *Revue philosophique de Louvain*, 1974, vol. 72, pp. 328-356.
- W. Sabete, « La théorie du droit et le problème de la scientificité. Quelques réflexions sur le mythe de l'objectivité de la théorie positiviste », *Archives de philosophie du droit*, 1999, pp. 303-326.
- G. Samuel, *Epistemology and method in law*, Applied legal philosophy, Ashgate, Burlington, 2002.
- R. Sève, « L'épistémologie contractualiste de Karl Popper », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Leviathan, PUF, pp. 49-61.
- D. Sheehan, « What is a mistake ? », *Legal Studies*, 2000, vol. 20, n° 4, pp. 538-565.
- C. Sintez, *Le constructivisme juridique. Essai sur l'épistémologie des juristes. Tome 1. Les origines romaines*, Mare & Martin, 2014.
- K. Stoyanovitch, « Y a-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale », *Archives de Philosophie du droit*, t. 4, 1959, pp. 67-97.
- P. Stockinger, « Possibilités d'une représentation conceptuelle de la situation normative », *Droit et Société*, n° 8, 1988, pp. 31-45.
- G. Teubner, « How the Law Thinks : Toward a Constructivist Epistemology of Law », *Law and Society Review*, vol. 23, n° 5, 1989, pp. 727-757.
- « Pour une épistémologie constructiviste du droit », *Annales ESC*, nov.-déc. 1992, n° 6, pp. 1149-1169.
- M. Troper, « Positivism », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1993, pp. 461-463.
- « Positivism juridique », in P. Raynaud et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 2003, pp. 576-580.
- A. Viala, *Philosophie du droit*, Ellipse, 2010.
- V. Villa, « Legal science between natural and human sciences », *Legal Studies*, 1984, vol. 4, n° 3, pp. 243-270.
- *La science du droit*, Story-Scientia-LGDJ, 1990.
- « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Leviathan, PUF, 1994, pp. 281-291.
- Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire, *RIEJ*, vol. 8, 1982.
- Pratiques de recherche, questions théoriques et épistémologiques sur le droit et la société, *Droit et Société*, n° 10, 1988.



La question du point de vue interne dans la science du droit, *RIEJ*, n° 58, 2007.

Épistémologie et méthodologie juridiques, *Les Cahiers de droit*, sept-déc. 2011, vol. 52, n°2-3.

Le droit en contexte, *RIEJ*, vol. 70, 2013.